شرح قانون العقوبات

القسم العام

الجـزء الأول

اللامشروعية الجنائية

معلقا عليه بأحكام النقض

دكتـور

محمـــود أحمـــد طه

أستاذ القانون الجنائى

ووكيل كلية الحقوق لشئون خدمة المجتمع وتنمية البيئة

بكلية الحقوق – جامعة طنطا

والمحامى بالنقض

بسم الله الرحمن الرحيم

" وقل رب أدخلنى مدخل صدق وأخرجنى مخرج
صدق واجعل لى من لدنك سلطاناً نصيرا "

صدق الله العظيم

فصل تمهيدى

ماهية قانون العقوبات وذاتيته وتطوره

تقسيم :

نتناول هذا الفصل فى ثلاثة مباحث نخصص الأول لتعريف قانون العقوبات ، والثانى لذاتيته ، والثالث والأخير لتطوره التاريخى ، ثم نذيله بخطة البحث .

المبحث الأول

ماهية قانون العقوبات

تعريفه :

يقصد بقانون العقوبات : مجموعة القواعد القانونية التى تحدد ما يعد جريمة ، والجزاء الجنائى المقرر لها [١] .

وتسمية هذه القواعد بقانون العقوبات ليس محل إجماع الفقه إذ يطلق عليه البعض مصطلح " القانون الجنائى " Droit Criminal ويستند هؤلاء إلى أن مصطلح " قانون العقوبات " لم يعد يساير السياسة العقابية الحديثة ، نظراً لإقرارها التدابير الجنائية إلى جانب العقوبة مما كشف عن ضيق هذا المصطلح عن شمول صورتى الجزاء الجنائى (العقوبة والتدابير الجنائية) . وذلك على عكس مصطلح " القانون الجنائى " الذى يتسع ليشمل العقوبة والتدابير معاً باعتبارهما جزاءاً جنائياً [٢] ، فضلاً عن أن لفظ " الجنائى " مشتق من "الجناية" وهى أخطر الجرائم (جنايات –جنح –مخالفات) [٣] .

---

(١) د. محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، طـ ١٠ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٣ ، د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، صـ ١ .

(٢) د. على راشد ، القانون الجنائى ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، صـ ٩ .

(٣) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، صـ ٢ .

وينازع هذا الاتجاه اتجاه آخر " كلاسيكى " يمثل غالبية الفقه يفضل مصطلح " قانون العقوبات " Droit Penal ويستند فى ذلك إلى حجتين : الأولى أن العقوبة لا تزال هى الجزاء الجنائى الغالب إذا قورنت بالتدابير الجنائية ، فضلاً عن أن العقوبة يمكن أن يندرج تحتها " التدابير الجنائية " وفقاً لمعناها الواسع . [١] والثانية أن مصطلح القانون الجنائى يتسع ليشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية معاً ، إذ يقصد به مجموعة القواعد القانونية التى تنظم سلطة الدولة فى العقاب فيحدد ما يعد من الأنشطة الإنسانية جرائم مبيناً ما يترتب عليها من آثار قانونية ومنظماً إثبات الوقائع وتطبيق الجزاء . ووفقاً لهذا التعريف فإن القانون الجنائى ذات جانبين أحدهما موضوعى والآخر إجرائى . ويقصد بالموضوعى ما سبق أن أطلقنا عليه قانون العقوبات ، بينما يقصد بالإجرائى قانون الإجراءات الجنائية [٢] ، وهو ما سوف نوضحه فيما بعد .

وهذه التسمية الشائعة " قانون العقوبات " أقرها المشرع المصرى فى قانوننا الحالى رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ .

تقسيمه :

ينقسم قانون العقوبات إلى قسمين : الأول يعرف بالقسم العام ، ويتناول

---

(١) د. أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، صـ ٤ ؛ د. عبد العظيم مرسى وزير ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، صـ ٨ .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، صـ ٤ .

الأحكام العامة للجريمة وللجزاء الجنائى ، فهو يهتم بمفهوم الجريمة وتقسيماتها وأركانها والعقاب المقرر للجريمة بصفة عامة ، ولا يتعلق بجريمة معينة أو بالجزاء الجنائى المقرر لمرتكب تلك الجريمة على حده (القتل مثلاً) ، وإنما يهتم بالنشاط الإجرامى أياً كان نوعه ، وبالجزاء الجنائى المقرر لمن ينتهك القاعدة الجنائية ، وكذلك بالأشخاص المخاطبين بالقاعدة الجنائية . وقد تضمنت المدونة العقابية Code penal الأحكام العامة لقانون العقوبات تحت عنوان " الأحكام العامة " فى الكتاب الأول (المواد ١ : ٢٦) .

الثانى : القسم الخاص ، ويهتم بالأحكام الخاصة بكل جريمة على حده من حيث أركانها والجزاء الجنائى المقرر لها ، والتى تختلف باختلاف كل جريمة . ويصنف هذا القسم إلى جرائم الأشخاص وجرائم الأموال وجرائم المصلحة العامة ، وقد تناولت المدونة العقابية القسم الخاص فى الكتاب الثانى والثالث والرابع إذ يتعلق الكتاب الثانى بالجنايات والجنح المضرة بالمصلحة العمومية (المواد ٧٧ : ٢٢٩)، بينما يتعلق الكتاب الثالث بالجنايات والجنح التى تحصل لأحاد الناس (المواد ٢٣٠ : ٣٧٥) ، وأخيراً يتعلق الكتاب الرابع بالمخالفات (م / ٣٢٦ : ٣٨٠) .

ويعد هذا التقسيم أساساً منطقياً لدراسة " أحكام قانون العقوبات " ذلك أن القسم العام يتناول الأحكام العامة التى تشترك فيها كل الجرائم والعقوبات أو أغلبها ، الأمر الذى يغنينا عن تكرار هذه الأحكام عند دراسة كل جريمة

على حده ، فضلاً عن أن هذا التقسيم يبرز فى صورة واضحة الأحكام العامة التى تعد بمثابة المبادئ الأساسية التى يقوم عليها قانون العقوبات [١] .

وقد جرت مناهج كليات الحقوق فى الجامعات المصرية على تدريس قانون العقوبات فى السنتين الثانية والثالثة حيث يدرس فى السنة الثانية القسم العام ، بينما يدرس فى السنة الثالثة القسم الخاص .

صلة قانون العقوبات بفروع القانون الأخرى :

نوضح فيما يلى صلة قانون العقوبات بقانون الإجراءت الجنائية، وبالقانون العام ، وبالقانون الخاص ، وأخيراً بالأخلاق :-

صلة قانون العقوبات بالإجراءات الجنائية :

أوضحنا سابقاً شمول مصطلح " القانون الجنائى " حيث يتسع ليشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية ، ويقصد بقانون الإجراءات الجنائية " مجموعة القواعد القانونية التى تنظم مباشرة الدولة لحقها فى توقيع وتنفيذ العقاب على مرتكب الجريمة " . والمقرر تدريسه على الفرقة الرابعة بكليات الحقوق فى الجامعات المصرية وفقاً لهذا التعريف .

إذا كان قانون العقوبات يهتم بالجريمة محدداً أركانها وأنماطها وعقوباتها ، فإن قانون الإجراءات الجنائية يهتم بالسبل التى يتعين على الدولة سلوكها بغية إنزال العقاب بمرتكب الجريمة . وذلك منذ ارتكاب

---

(١) الهامش السابق ، صـــ ٥ .

الجريمة وحتى تنفيذ الجزاء الجنائى فى مواجهة مرتكب الجريمة عبر مراحل الاستدلال – التحقيق – المحاكمة – التنفيذ العقابى [١] .

ولا يغيب عن فطنة القارئ الصلة الكبيرة بين قواعد قانون العقوبات ، وقواعد قانون الإجراءات الجنائية فهما مكملان لبعضهما ، فبينما يوضح قانون العقوبات السلوك الإنسانى الذى يشكل جريمة ، والجزاء الجنائى الواجب تطبيقه على مرتكب الجريمة ، فإن قانون الإجراءات يوضح الإجراءات الجنائية الواجب اتخاذها لتطبيق الجزاء المقرر للجريمة محل الواقعة على مرتكبها .

وكونهما مكملان لبعضهما لا يعنى أنهما مترادفان نظراً لوجود اختلافات بينهما ترجع إلى مضمون القاعدة والغاية منها فقانون العقوبات يهتم بتحديد ما إذا كانت الواقعة تشكل جريمة من عدمه ، وبتحديد الجزاء الجنائى المقرر لتلك الواقعة الإجرامية ، ودون أن يتعداها إلى البحث عن مرتكب السلوك الإجرامى ، وسبل توقيع الجزاء الجنائى عليه إذ يختص بذلك قانون الإجراءات الجنائية [٢] .

وبصفة إجمالية يمكننا القول بأن قانون العقوبات يبين حدود سلطة الدولة

---

(١) د. عبد الرءوف مهدى ، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات ، دار الفكر العربــى ، ١٩٨٦ ، صــــ ١٠ .

(٢) المؤلف : مبادئ علم الإجرام ، طـ ١ ، ١٩٩٣ ، صـــ ٢٥ .

فى العقاب ، فى حين يتولى قانون الإجراءات الجنائية بيان كيفية أعمال هذه السلطة [١] .

صلة قانون العقوبات بفروع القانون العام :

تتعدد فروع القانون بتعدد مصالح المجتمع والأفراد التى يتصدى لها القانون بالحماية والتنظيم ، ونظراً لأن المصالح التى ينظمها القانون ويكفل لها الحماية تنقسم إلى مصالح عامة وأخرى خاصة فإن القانون ينقسم إلى قانون عام وآخر خاص . وينقسم القانون العام إلى فروع متميزة هى : القانون الإدارى والضريبى والدستورى والدولى .

١- القانون الإدارى :

يختص القانون الإدارى بتنظيم نشاط الدولة أو إحدى هيئاتها العامة فى سبيل تحقيق أهدافها المباشرة ، وممارسة كافة وظائفها باستثناء التشريع والقضاء . ويقر القانون الإدارى جزاءات توقع على من يخالف قواعده الإدارية ، مثل اللوم والإنذار والخصم من المرتب والوقف عن العمل والفصل من الوظيفة......إلخ .

ولا يعنى ذلك استقلال القانون الإدارى كلية عن قانون العقوبات . إذ كثيراً ما يتدخل المشرع ليتضمن قانون العقوبات قواعد قانونية تجرم

---

(١) د. يسرا نور على " شرح قانون العقوبات " النظريات العامة ، دار الثقافة الجماهيرية ، ١٩٩٢ ، صـ ٢٠ .

بعض المخالفات الإدارية وتقرر لها جزاء جنائى . ويتمثل ذلك فى غالبية المخالفات التى يتضمنها قانون العقوبات فى كتابه الرابع ويطلق الفقه على هذه القواعد " القانون الجنائى الإدارى " (١) .

ولا يقتصر القانون الجنائى الإدارى على المخالفات وإنما يمتد ليشمل أيضاً ما يعرف بلوائح الضبط (اللوائح البوليسية) وهى تلك التى تصدر بقصد المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة ، وإن كان البعض يطلق عليها القانون الإدارى الجنائى (٢) .

ولا تقتصر الصلة بين القانون الإدارى وقانون العقوبات على إقرار ذلك الأخير إجراءات جنائية للمخالفات الإدارية واللوائح البوليسية ، إذ تنطوى بعض الجرائم الجنائية مثل جرائم المصلحة العامة " الرشوة – الاختلاس – الغدر – التزوير.........إلخ على جزاءات إدارية أيضاً " .

٢– القانون الدولى العام :

يختص القانون الدولى العام بتنظيم العلاقات بين الدول المستقلة . والقانون الدولى شأنه شأن القانون الإدارى يتضمن مجموعة من القواعد تجرم الوقائع التى تنتهك حقوقاً دولية مثل الجرائم الدولية –القرصنة– الاتجار فى المخدرات – الرقيق الأبيض – الحرب غير المشروعة . ويطلق

---

(١) د. يسرا نور على ، المرجع السابق ، صـــ ٢٤ .

(٢) د. غنام محمد غنام ، القانون الإدارى الجنائى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ .

على تلك القواعد القانون الدولى الجنائى .

وبجانب القانون الدولى الجنائى توجد قواعد للقانون الدولى ذات طبيعة جنائية تختص بتنظيم الحدود المتبادلة للاختصاص الجنائى بين الدول ومن أمثلتها : قواعد تطبيق العقوبات من حيث المكان ، وقواعد تسليم المجرمين ، والآثار الدولية للقوانين والأحكام الأجنبية . ويطلق البعض على هذه القواعد القانون الجنائى الدولى . وهو فى حقيقته يدخل فى نصوص قانون العقوبات الوطنى لكل دولة أى أنه من وضع المشرع الوطنى وليس المشرع الدولى .

٣- القانون الدستورى :

نعنى به " مجموعة القواعد التى تنظم شكل الدولة وتحدد مهامها الأساسية . وهذا الفرع يتضمن أيضاً بعض النصوص التى تجرم الأفعال التى تهدد كيان الدولة بدرجة كبيرة مثل ارتكاب رئيس الجمهورية لجريمة الخيانة العظمى ، وكذلك الجرائم التى تقع من الوزراء أثناء تأدية أعمالهم الوظيفية . ويعرف هذا الفرع بالقانون الدستورى الجنائى .

وفى المقابل يتضمن قانون العقوبات قواعد قانونية تجرم الأفعال الضارة بأمن الدولة سواء من جهة الداخل أو من جهة الخارج . وتعرف هذه القواعد بالقانون الجنائى الدستورى لاستهدافها الحفاظ على كيان الدولة ونظامها السياسى شأنها فى ذلك شأن القانون الدستورى .

صلة قانون العقوبات بفروع القانون الخاص :

يهدف القانون الخاص حماية المصالح الخاصة بالأفراد . وينقسم القانون إلى فروع متميزة هى : القانون المدنى والمرافعات المدنية والتجارى والبحرى والدولى الخاص ......إلخ .

١- القانون المدنى :

نعنى بالقانون المدنى : مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد وتلك العلاقات التى يخول المشرع للأفراد فيها قسط كبير من الحرية فى تنظيمها (العقد شريعة المتعاقدين) ، وكذلك فى الاتفاق على الجزاءات المدنية التى تنجم عن الإخلال بقواعده .

وثمة علاقة تربط بين القانون المدنى وقانون العقوبات فقانون العقوبات يحرص على حماية الملكية الخاصة وهى إحدى الموضوعات الرئيسية للقانون المدنى ، وفى الوقت نفسه فإن القانون الجنائى يستمد من القانون المدنى مفهوم الملكية وشروطها لدى تجريمه لأفعال السرقة .

٢- القانون الزراعى :

نعنى به مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقة بين المالك والمستأجر ، وتنظم استغلال الأراضى الزراعية ، وحماية الملكية الزراعية من الاعتداء عليها ، ويهتم قانون العقوبات بتوفير الحماية للأرض الزراعية حيث يجرم تجريف الأرض ، ويجرم البناء عليها دون ترخيص ، ويجرم

أيضاً إتلاف المزروعات .

٣- القانون التجارى :

ينظم القانون التجارى العلاقة بين التجار وتنظيم العمليات التجارية ، وخيانة الثقة والأمانة التى تقوم عليها التجارة . وإذا تفحصنا نصوص قانون العقوبات لوجدنا العديد من النصوص الجنائية التى تجرم وقائع تنطوى على إخلال بقواعد القانون التجارى مثل الغش والتدليس وإصدار شيكات دون رصيد ......إلخ .

صلة قانون العقوبات بالأخلاق :

ثمة تساؤل يطرح نفسه حول مدى العلاقة بين قانون العقوبات والأخلاق ؟ وهل يتضمن قانون العقوبات تجريم كل ما هو غير أخلاقى ؟ وهل كل الأنشطة الإنسانية المجرمة تتنافى مع الأخلاق ؟

يمكننا التمييز بين اتجاهين فى هذا الصدد . فهناك من يرى ويمثلون أقلية ان الصلة وثيقة بين قانون العقوبات والأخلاق لدرجة أنهم عرفوا الجريمة بأنها " فعل غير أخلاقى " .... ويرى هذا الفريق أن قواعد قانون العقوبات تهدف إلى حماية الأخلاق فى المجتمع . والأكثر من ذلك فإن هناك من يرى أن قواعد قانون العقوبات بمثابة ترجمة كاملة للأخلاق السائدة فى المجتمع [١] .

---

(١) د. يسرا نور على " شرح قانون العقوبات " النظريات العامة ، دار الثقافة الجماهيرية ، ١٩٩٢ ، صـ ٢٠ .

بينما ترى الأغلبية أن لكل من قانون العقوبات والأخلاق طبيعته ومجاله الخاص . فقواعد قانون العقوبات ذات طبيعة قانونية ، بينما قواعد الأخلاق فذات طبيعة أدبية . فضلاً عن أن قانون العقوبات يجرم أفعال لا تستهجنها الأخلاق ، وفى الوقت نفسه لا يجرم أفعال تنكرها الأخلاق . وبمعنى آخر ليست جميع الأفعال المجرمة منافية للأخلاق ، وليست جميع الأفعال المنافية للأخلاق مجرمة فى قانون العقوبات [1] .

الحقيقة لا يمكننا القول بأن هذا الاتجاه أو ذاك هو الأصوب إذ يختلف التقييم باختلاف نوعية قانون العقوبات . فإذا كان قانون العقوبات قانون وضعى ، فإن الاتجاه الثانى هو الأصوب نظراً لكون المشرع الوضعى يهتم بالدرجة الأولى بالحفاظ على النظام العام ولو على حساب الأخلاق بينما إذا كان قانون العقوبات تشريع سماوى (التشريع الإسلامى) فإنه يهتم بالحفاظ على القيم الأخلاقية باعتبارها هى أساس تقدم ورقى المجتمع ، وتصبح جميع الأفعال المنافية للأخلاق مجرمة ، ومن ثم يكون الاتجاه الأول هو الأصوب .

وعلى ضوء ما سبق ، وفى ضوء قانون العقوبات المصرى وغالبية التشريعات المقارنة فإن الصلة ليست وثيقة بين قانون العقوبات والأخلاق . فهناك أفعال منافية للأخلاق ومع ذلك فقانون العقوبات لا يتدخل بالعقاب عليها إلا إذا توافرت شروط معينة كما لو اتخذ شكل النصب أو شهادة

---

(١) الهامش السابق .

الزور [١] .

وفى الوقت نفسه هناك أفعال لا تستهجنها الأخلاق ومع ذلك يجرمها المشرع مثل الجرائم التموينية ، والجرائم غير العمدية ، والجرائم السياسية والمخالفات . ويستند قانون العقوبات فى تجريمه لهذه الأفعال التى ما تحدثه من اضطراب فى المجتمع [٢] .

وليس معنى ذلك انعدام الصلة بينهما . فالصلة بينهما كبيرة إذ يعد الجانب الكبير من قانون العقوبات مصدره قواعد الأخلاق ، وهنا يصدق القول بأن قانون العقوبات والأخلاق كدائرتان متقاطعتان وغير متطابقتان [٣] .

---

(١) د. محمد محيى الدين عوض ، القانون الجنائى ، مبادئه الأساسية ونظرياته العامـة ، مطبعـة جامعـة القاهرة ، ١٩٨١ ، صــ ١٠ .

(٢) د. عبد الرءوف مهدى ، المرجع السابق ، صــ ١٢ .

(٣) يسرا نور على ، المرجع السابق ، صــ ٢١ .

المبحث الثانى

ذاتية قانون العقوبات

طبيعة قانون العقوبات :

فى ضوء ما أوضحناه سابقاً من وجود صلة بين قانون العقوبات وكافة فروع القانون العام والخاص ، فإننا نتساءل هل يعد قانون العقوبات أحد فروع القانون العام أم القانون الخاص ؟ انقسم الفقه فى الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهين :-

١- الاتجاه الغالب : يعتبر قانون العقوبات أحد فروع القانون العام. ويستند فى ذلك إلى أن المشرع يجرم السلوك البشرى عندما ينطوى على اعتداء على حق سواء كان ذلك الحق عام أو خاص.

فإذا كانت الجريمة تعتدى على حق للمجتمع فى مجموعه كحق الدولة فى الأمن الخارجى أو الداخلى ، فلا جدال فى أن العلاقة التى تنشأ عن ارتكابها يختص بها القانون العام ، لكونها تنظم العلاقة بين الجانى والسلطة [١] . وحتى لو انطوت الجريمة عن اعتداء على حق الفرد فإن الأمر لا يختلف نظراً لأن المشرع لا يحمى حقاً للفرد إلا إذا قدر أهميته للمجتمع . فأساس التجريم هو حماية حق للمجتمع (مصلحة عامة) فإذا لم

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، صـ ٥ .

يكن الاعتداء على حق الفرد ينطوى فى الوقت نفسه على اعتداء على حق المجتمع فإن الواقعة لا تشكل جريمة . وبمعنى آخر أنه طالما جرم الفعل فإن ذلك يعنى مساسه بحق للمجتمع ، ولو كان الاعتداء على حق الفرد هنا ظاهراً أكثر من الاعتداء على حق المجتمع إذ طالما انطوت الجريمة على اعتداء على حق المجتمع فإن الدولة تتحرك لممارسة حقها فى العقاب . وإزاء ما سبق فإن قواعد قانون العقوبات تعد من قواعد القانون العام سواء انطوت الأفعال الإجرامية على اعتداء على حق للمجتمع أم للفرد .

٢- بينما ترى الأقلية أن قانون العقوبات أحد فروع القانون الخاص على أساس أن الجزاء الجنائى يقصد به فى الغالب حماية حقوق والتزامات ينص عليها القانون الخاص ، فقانون العقوبات هو الحارس للنظام القانونى .

ونتفق فى الرأى مع الاتجاه الغالب للفقه الذى يعتبر قانون العقوبات أحد فروع القانون العام لما سبق أن أبداه أنصاره من حجج خاصة وأن المشرع الجنائى عندما يحمى مصالح تنتمى إلى فروع أخرى من القانون ، فإن ذلك يعتمد على ما لها من أهمية اجتماعية .

ذاتية قانون العقوبات :

فى ضوء ما انتهينا إليه من اعتبار قانون العقوبات أحد فروع القانون العام ، ومن وجود صلة بين قانون العقوبات وكافة فروع القانون العام والخاص ، فهل يتمتع قانون العقوبات بذاتية مستقلة أم أن دوره ثانوياً فى

النظام القانونى العام ؟ اختلف الفقه فى الإجابة على هذا التساؤل ، ويمكننا التمييز بين اتجاهات أربع :-

الاتجاه الأول : تبعية قانون العقوبات لفروع القانون الأخرى :

وفقاً لهذه الاتجاه فإن قانون العقوبات يلعب دوراً ثانوياً فى النظام القانونى العام نظراً لكونه لا يقرر حقوقاً وإنما يقتصر دوره على حماية ما تقرره القوانين الأخرى من حقوق عن طريق وضع جزاءات جنائية توقع على من يعتدى على أى من هذه الحقوق . لذلك يطلق عليه أنصار ذلك الاتجاه " القانون الجزائى " [١] .

وينجم عن ذلك الاتجاه أن يكون للفكرة القانونية المستمدة من فرع آخر نفس مفهومها فى ذلك الفرع كمفهوم الملكية فى القانون المدنى ، ومفهوم الموظف المستمدة من القانون الإدارى .

الاتجاه الثانى : ذاتية قانون العقوبات :

ذهب جانب كبير من الفقه إلى عكس الاتجاه السابق للقول بتمتع قانون العقوبات بذاتية مستقلة عن سائر فروع القانون الأخرى إذ يذخر بمبادئ ومفاهيم ونظريات مستقلة حين يعاقب على العدوان على مصلحة مقررة فى فرع آخر من فروع القانون . فإذا تناول قانون العقوبات حقاً مقرر فى فرع آخر من فروع القانون ، فإن هذا الحق ينسلخ عندئذ من القاعدة غير

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، صــ ٧ .

الجنائية ، ويندمج فى القاعدة الجنائية . ومن ثم يسرى عليها تبعاً لذلك مبادئ قانون العقوبات ومفاهيمه .

ويترتب على ذلك أن مفهوم الموظف فى قانون العقوبات يختلف عن مفهومه فى القانون الإدارى ، وكذلك يختلف مفهوم الملكية فى قانون العقوبات عن مفهومه فى القانون المدنى . ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى اختلاف الغايات التى يسعى قانون العقوبات إلى تحقيقها عن تلك التى تستهدفها فروع القانون الأخرى (١) .

الاتجاه الثالث : النظرية التوفيقية :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن قانون العقوبات يضم خليطاً من القواعد القانونية بعضها يستمد من فروع القانون الأخرى ، والبعض الآخر يتسم بأفكار ومبادئ مستقلة عن مفهومها فى الفروع المستمدة منها .

ويعنى ذلك أن قانون العقوبات فى علاقته بفروع القانون الأخرى يبدو مستقلاً أحياناً ، وتبعياً أحياناً أخرى (٢) .

الاتجاه الرابع : وحدة النظام القانونى فى الدولة :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يوجد تداخل بين قانون العقوبات ، وبين فروع القانون الأخرى ، ويحدث ذلك حين يحمى قانون العقوبات

---

(١) د. عبد العظيم مرسى وزير ، المرجع السابق ، صـ ١٦ .

(٢) د. عبد العظيم وزير ، المرجع السابق ، صـ ١٩ .

مصالح فردية تقررها هذه الفروع وهو نفس ما ذهب إليه أنصار الاتجاهات السابقة .

ومادامت المصالح التى يحميها قانون العقوبات يستمد بعضها من مفهوم القوانين الأخرى . فإنه من المحتمل أن تتعارض قواعد قانون العقوبات مع قواعد غيره من فروع القانون مما يستوجب ضرورة البحث عن حل له [(١)] .

فى هذه الحالة يتعين البحث أولاً عما إذا كان المشرع قد أوجب حل معين لذلك التنازع أو التعارض من عدمه ؟ فى هذه الحالة يصبح الحل التشريعى إلزامى ولا يمكن مخالفته من قبل القاضى أو الفقيه . ومن أمثلة ذلك تعريف المشرع للموظف العام فى المادة (١١١ ع) والمتعلقة بجرائم الرشوة ، وكذلك تعريفه له أيضاً فى المادة (١١٩ ع) والمتعلقة بجرائم العدوان على المال العام . وتعريف الموظف العام فى قانون العقوبات يختلف عن تعريفه فى القانون الإدارى ، فى هذه الحالة . ولا يعتد سوى بمفهوم الموظف العام فى قانون العقوبات دون أحقية القاضى أو الفقيه الاستناد إلى مفهومه فى القانون الإدارى . وقد ينص المشرع الجنائى على عدم اتباع الحل المقرر بالفرع الآخر من فروع القانون كما هو الحال بالنسبة لحالة الإفلاس والمستمدة من القانون التجارى ، إذ يشترط ذلك الأخير للقول بتوافر حالة الإفلاس صدور حكم بتقرير حالة الإفلاس بينما لا يشترط قانون العقوبات ذلك الحكم إذ يكتفى بالإفلاس الواقعى .

---

(١) الهامش السابق ، صـــ ٢١ .

وفى حالات أخرى لا يقرر المشرع الحل لذلك التنازع . فى هذه الحالة يسترد المفسر سلطته فى التفسير ليغلب أحد الحلين على الآخر مستهدياً بفكرة النظام القانونى L`ordre juridique تلك الفكرة التى توسع من سلطة المفسر فى التنسيق بين الحلول والمفاهيم القانونية المقررة فى فروع القانون المختلفة رفعاً لأى تناقض محتمل من أجل بلوغ غاية النظام القانونى فى الدولة ودون التأثر بنظرية التبعية لتغليب الحل النابع من الفرع غير الجنائى ، ودون التأثر أيضاً بنظرية الاستقلال لتغليب الحل النابع من قانون العقوبات إذ أن كلا الحلين على قدم المساواة ، لذا يحتكم المفسر إلى غاية النظام القانونى فى الدولة والذى على ضوءه يغلب هذا الحل أو ذاك .

ووفقاً لهذا الاتجاه لا يمكن القول بأولوية الحل النابع من قانون العقوبات على ذلك النابع من غير قانون العقوبات أو العكس وإنما قد يغلب المفسر الحل النابع من غير قانون العقوبات فى أحد النزاعات ، بينما يغلب الحل النابع من قانون العقوبات فى نزاع آخر .

والواقع أننا نؤيد الاتجاه الأخير منتقدين الاتجاهات الثلاثة السابقة . إذ نعيب على الاتجاه الأول : القول بأن قانون العقوبات تقتصر أحكامه على وضع الجزاءات الجنائية لانتهاكات الحقوق التى تقررها فروع القانون الأخرى إذ يلعب قانون العقوبات دوراً جوهرياً خاصة عندما يجرم سلوك مشروع فى فروع القانون الأخرى . بينما نعيب على الاتجاه الثانى عدم اكتراثه بفروع القانون الأخرى إذ يبالغ فى استقلالية قانون العقوبات وهذا

يجافى الواقع . فجميع فروع القانون تتضافر فيما بينها لبلوغ الغاية المشتركة دون أن يتجاهل بعضها البعض الآخر [١] ، ونعيب أخيراً على الاتجاه الثالث : عدم وجود قواعد قانونية محايدة ، فضلاً عن عدم تصور وجود قواعد قانونية ذات طبيعة جزائية محضة .

---

(١) د. عبد الفتاح الصيفى ، القاعدة الجنائية ، ١٩٧٦ ، صـ ٧٠ .

المبحث الثالث

التطور التاريخى لقانون العقوبات

نتناول فيما يلى وبإيجاز شديد التطور التاريخى لقانون العقوبات . ويمكننا إبراز ذلك من خلال الحقبة الزمنية فى عصر ما قبل الدولة ، وفى عصور ما بعد نشأة الدولة وذلك على النحو التالى :

١- عصر ما قبل نشأة الدولة :-

ونعنى به المجتمعات البدائية تلك المجتمعات التى كانت تتميز بتنظيمات صغيرة تختلف عن الدولة متمثلة فى الأسرة والعشيرة والقبيلة . وقد اتسمت تلك الجماعات بالعقاب الجماعى متخذة شكل الانتقام غير المحدود لشخص المعتدى ، وما ذلك سوى لانعدام ذاتية الفرد داخل الجماعات البدائية . فإذا وقع اعتداء على أحد أفراد القبيلة الأخرى مثلاً فإن جميع أفراد القبيلة المجنى عليها تشعر بالألم ، وبأن الاعتداء وقع على جميع أفرادها فيهبون جميعاً للقصاص من قبيلة الجانى دون النظر إلى الجانى فقط . وكثيراً ما كان ينجم عن ذلك قتل الكثير من الأبرياء لا لشئ سوى انتمائهم لجماعة الجانى [١] .

وإن كانت الجماعات البدائية قد شهدت بعض الإنحسار فى جماعية

---

(١) المؤلف ، مبدأ شخصية العقوبات ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربيـة ، ١٩٩٠ ، صـــ ٢٤ ومـا بعدها .

العقاب وذلك فى الحقبة المتطورة منها حيث عرفت القصاص والدية ، وإن كان ليس بالصورة الماثلة فى ذهننا الآن إذ كان القصاص نادراً ما يقتصر على شخص الجانى أو على درجة الاعتداء فغالباً ما كانت جماعة المجنى عليه لا تكتفى بالقصاص من الجانى لعدم كفاءته مع المجنى عليه ، الأمر الذى كان يدفعهم إلى القصاص من غيره لعلو شأنه فى قومه ، أو القصاص من أكثر من شخص (١) .

٢- عصور ما بعد نشأة الدولة :

كان لنشأة الدولة الأثر الكبير فى الحد من العقاب الجماعى نتيجة سلب الأفراد سلطة الانتقام لأنفسهم وكذلك سلب القبيلة ممثلة فى رئيسها سلطة تمثيل نفسها خصماً وحكماً فى آن واحد . وإسناد ذلك إلى سلطة الدولة وأصبحت وحدها صاحبة الحق فى العقاب .

ويمكننا التمييز بين عصور أربعة : العصر القديم ، والعصر الوسيط ، والعصر الحديث ، والعصر الحاضر .

١- العصر القديم :

تمتع الفرد فى العصر القديم بقدر أكبر من الاستقلالية وتنوع سبل الحياة فى ذلك العصر إذا ما قورن بالعصر البدائى ، وكان لذلك أكبر الأثر فى اتجاه العقاب إلى الفردية بدلاً من الجماعية ، وهو ما نلمسه فى التشريعات

---

(١) الهامش السابق ، صـــ ٣٥ : ٤٥ .

القديمة (المصرى – الآشورى – العبرى – اليونانى – الرومانى) . ويرجع ذلك فضلاً عما سبق إلى اصطباغ تلك القوانين القديمة بالصبغة الدينية ، وما كان لها من بصمات بارزة على المسئولية الجنائية إذ اتخذت من المسئولية الأخلاقية أساساً للمسئولية والعقاب [١] ، كما عرفت اليهودية القصاص المنظم لما ورد فى القرآن الكريم من آيات قرآنية عديدة – تنبئ عن مخاطبة المولى عز وجل لبنى إسرائيل . مثل قوله تعالى : " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص " [٢] .

وكذلك لعبت الفلسفة الإغريقية دوراً كبيراً فى تطور أفكار المسئولية الجنائية . ولن نكون مغالين إذا قلنا أن العديد من مبادئ قانون العقوبات تعود بجذورها إلى تلك المبادئ التى نادى بها الفلاسفة الإغريقيون ، فقد أقر الفيلسوف " أرسطو " أن الإسناد المادى للجريمة لا يكفى وحده لإقرار مسئولية الشخص ، وإنما لابد من الإسناد المعنوى إليه كذلك [٣] .

٢- العصر الوسيط :

اتسم ذلك العصر بظهور الديانة الإسلامية ، وبتأثير الفكر المسيحى فى مجال القانون خلال العهد المدرسى [٤] .

دور المسيحية فى تطوير القانون الجنائى :

---

(١) المؤلف ، مبدأ .... مرجع سابق ، صـ ٤٩ .

(٢) سورة المائدة ، الآية ٤٥ .

(٣) الهامش السابق ، صـ ٦٢ ، ٦٣ .

(٤) د. هشام فريد ، الدعائم الفلسفية للمسئولية الجنائية ، رسالة ، ١٩٨٢ ، صـ ١٥١ : ١٥٢ .

اتسمت المسيحية بالعدالة والحد من قسوة العقوبات سواء باستبعاد العقوبات المفرطة فى الشدة ، أو بتجنيب وسائل التنفيذ التى تنطوى على القسوة . ومن مظاهر ذلك : أن عقوبة الإعدام لم تكن محل ترحيب من قبل رجال الكنيسة ، وقد قيل فى ذلك أن الكنيسة تفزعها الدماء المراقة [١] . وقد نادى رجال الكنيسة بقصر العقاب على الشخص المذنب مع وضع حد للعقاب الجماعى ، وأقروا المسئولية الجنائية على أساس أخلاقى إذ اشترطوا توافر حرية الإدراك والاختيار كأساس للمسئولية . وفى ذلك يقول القديس : " توماس الاكوينى " ليس ثمة وجود للفعل الإجرامى إلا إذا كان ذلك الفعل إرادياً [٢] .

دور الشريعة الإسلامية فى تطوير القانون الجنائى :

تتفوق الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع السماوية الأخرى فى أنها شريعة صالحة لكل زمان ومكان . كما تتفوق على الشرائع الوضعية فى كونها ولدت شابة مكتملة لا يشملها تطور أو تعديل ، فضلاً عن سبقها الدائم على الفكر الوضعى . وقد عرفت الشريعة الإسلامية ثلاثة أنواع للجرائم ، جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، وأخيراً جرائم التعازيز .

جرائم الحدود محددة ومقدرة العقاب ، ولا يملك ولى الأمر أو المجنى عليه تعديلها او التنازل عنها نظراً لكونها تتعلق بحق خالص لله عز وجل .

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، صـــ ١٥ .

(٢) د. هشام فريد ، المرجع السابق ، صـــ ١٣٩ : ١٤١ .

وبالنسبة لجرائم القصاص فإنها تتفق مع جرائم الحدود فى كونها محددة الجرائم والعقاب ، وفى عدم أحقية ولى الأمر فى العفو عن مرتكبيها ، وتختلف معها فى أن المجنى عليه يملك التنازل عن الجزاء المقرر لها سواء كلية أو الاكتفاء بالدية فقط . وأخيراً بالنسبة لجرائم التعازير فإنها غير محددة سواء من حيث الجرائم أو العقاب من قبل المولى عز وجل ، وإنما يترك أمر تحديدها لولى الأمر فهو وحده الذى يجرم ما يراه من أفعال ويقرر لها الجزاء المناسب ، ولكن سلطة ولى الأمر فى ذلك ليست مطلقة إذ يتقيد بعدم الخروج على العقاب المقدر للحدود عند تحديده للعقاب المقرر للجرائم التى هى أدنى من جرائم الحدود ، كما يتقيد أيضاً بضرورة استهداف درء المفسدة من جراء تجريمها [١] .

وقد أسست المسئولية الجنائية على أساس أخلاقى ، كما لم تعرف الشريعة الغراء صور لعقاب برئ على جرم اقترفه غيره مهما كانت صلته بالجانى . ولنا فى سياسة المولى عز وجل فى مجازاة مرتكب جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية خير دليل على ذلك فالسارق وحده هو الذى تقطع يده ، والزانى وحده هو الذى يجلد أو يرجم ، والقاذف وحده هو الذى يرجم ، والقاتل وحده هو الذى يقتل ...إلخ [٢].

٣- العصر الحديث :

---

(١) المؤلف : النظرية العامة للجزاء الجنائى ، طـ ١ ، ١٩٩٣ ، صـ ٢٩ وما بعدها .

(٢) المؤلف ، مبدأ ..... ، المرجع السابق ، صـ ٨١ وما بعدها .

فى هذه الحقبة الزمنية كانت غالبية بلاد المشرق تحت النفوذ العثمانى والذى كان يطبق الشريعة الإسلامية . ومن ثم يصدق هنا ما سبق ذكره لدى استعراضنا لدور الشريعة الإسلامية فى تطوير قانون العقوبات .

بينما فى بلاد الغرب انهارت الإمبراطورية الرومانية ، وساد الإقطاع ، وانتشر الفساد والاستبداد ، واندلعت الصراعات بين رجال الدين ورجال الجيش للسيطرة على مقاليد الأمور فى البلاد . وقد نجم عن ذلك الصراع انقسام المجتمع إلى طبقات تعلوها طبقة الأشراف ، وعم الفساد والظلم فى البلاد ، وتبخرت المكاسب التى كان قد ساهم فيها رجال الدين المسيحى فى العهد المدرسى فى مجال المسئولية الجنائية ليعود الوضع إلى ما كان عليه فى المجتمعات البدائية خاصة العقاب الجماعى حيث كان يعدم الجانى والأولاد وزوجته فى جرائم الخيانة العظمى [١] .... كما عرفوا عقوبة المصادرة العامة لأموال المذنب وأموال زوجته وأموال أولاده ، وقد عبر عن ذلك الفيلسوف " فولتير " بقوله : لم يكن يكفى أن يموت الإنسان مقابل خطأ ، وإنما يلزم كذلك أن يموت أولاده جوعاً " [٢] .

ولا يعنى ذلك أن العصر الحديث قد خلا من بارقة أمل نحو إرساء

---

(١) د. ثروت الأسيوطى ، تاريخ فلسفة القانون عند قدماء الإغريق ، القانون والاقتصاد ، ١٩٦٨ ، صـــ ٢٥٨ .

(٢) المؤلف ، مبدأ ... المرجع السابق ، صـــ ٨٧ .

العدالة وإعادة الأساس الأخلاقى للمسئولية الأخلاقية ، وجعل العقوبة شخصية أى لا توقع العقوبة إلا على الجانى فقط . فقد انبرى الفلاسفة للبحث عن الضوء الذى يبدد تلك الانتكاسة ويفسح المجال للعدالة ، ونادوا بضرورة أن تكون العقوبة شخصية وعبر عن ذلك الفيلسوف " فولتير بقوله " لا يكفى أن يقتل الرجل مقابل ذنبه ، وإنما يلزم عدم امتداد القتل إلى أولاده " [١] .

وكان من الطبيعى أن ينعكس ذلك الفكر الجنائى على قوانين دول الغرب فإذا نظرنا إلى القانون الجنائى الفرنسى فى تلك الفترة (الحقبة المتأخرة من العصر الحديث) نجده قد حفل بكافة قواعد المسئولية الجنائية المطلقة حالياً . وهو ما عبر عنه الفقيه " دنش " من أن كافة المبادئ العامة للمسئولية الجنائية كانت معروفة فى القانون الفرنسى القديم [٢] ومن الأمثلة على ذلك إلغاء عقوبة الإعدام لأولاد الجانى وزوجته ، وقصر عقوبة المصادر العامة على أموال الجانى فقط ، وكذلك الاعتداد بالإرادة كأساس أخلاقى للمسئولية الجنائية ، وبعدم امتداد العقاب لشخص عديم الأهلية وبضرورة الإسناد المادى لكى يمكن إلحاق العقاب بصاحب النية الشريرة .

إلا أن هذه المبادئ الحديثة كان يغلب عليها الطابع النظرى أكثر من الطابع العملى خاصة فيما يتعلق بجرائم العيب فى الذات الملكية .

٤- العصر الحاضر :

يتميز العصر الحاضر بحدوث تطورات سياسية وفكرية واقتصادية

---

(١) الهامش السابق ، صـــ ٨٨ .

(٢) الهامش السابق ، صـــ ٩٥ .

واجتماعية وإجرامية كبيرة لها أكبر الأثر على السياسة الجنائية . وسوف نستعرض هنا تأثير الثورة الفرنسية ، والمدارس الفلسفية العقابية المعاصرة ، وأخيراً التغيرات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة على مبادئ قانون العقوبات .

أ- الثورة الفرنسية :

اهتمت الثورة الفرنسية بالحد من مساوئ النظام الجنائى السابق عليها لاسيما وضع نهاية للعقاب البربرى الذى كان يلحق بأسرة الجانى حال ارتكابه إحدى الجرائم الهامة [١] .

وقد نادت الثورة الفرنسية بمبادئ ثلاثة كان لها أكبر الأثر على إرساء قواعد المسئولية الجنائية على أساس أخلاقى وتتمثل تلك المبادئ فى : الحرية – العدالة – المساواة [١] .

ب- المدارس العقابية :

اتسم العصر الحاضر بظهور المدارس الفلسفية العقابية التى كان لها أكبر الأثر على السياسة الجنائية المعاصرة . ويمكننا القول دون مغالاة أنه لا يوجد تشريع عصرى واحد لم يتأثر بأى من هذه المدارس فى إقرار سياسته التشريعية . وقد تنوعت هذه المدارس حيث ظهرت المدرسة التقليدية ، والمدرسة الوضعية الإيطالية ، والمدارس التوفيقية ، وأخيراً مدرسة الدفاع

---

(١) المؤلف ، مبدأ شخصية .. مرجع سابق ، صـــ ٩٤ وما بعدها .

الاجتماعى . وكان لكل من هذه المدارس أثراً فى إرساء مبادئ قانون العقوبات المعاصر [٢] .

المدرسة التقليدية :

اعتدت بالمفهوم الأخلاقى للمسئولية الجنائية ، ومن ثم اشترطت كى يعد الإنسان مسئولاً جنائياً أن يكون متمتعاً بحرية الإرادة والإدراك وأن يكون آثماً ، ولا يكفى ارتكاب الشخص ماديات الجريمة كى يسأل جنائياً ، كما قصرت الجزاء الجنائى على العقوبة التقليدية واستهدفت فقط من العقاب الإيلام والتكفير عن الذنب وتحقيق الردع . لذلك اشترطت فى العقاب أن يكون مؤلماً ونافعاً .

المدرسة الوضعية الإيطالية :

على عكس المدرسة التقليدية فإن اهتمامها انصب على المجرم وليس الجريمة . وأسست المسئولية الجنائية على الخطورة الإجرامية، ونادت بتوقيع التدابير الجنائية بدلاً من العقوبة التقليدية ، تلك التدابير التى تستهدف التقويم والإصلاح وليس الإيلام [٣] .

المدرسة التوفيقية :

---

(١) الهامش السابق ، صـــ ٩٥ .

(٢) د. على راشد ، الإرادة والعمد والسببية ، مقالة بمجلة العلوم الجنائية القومية ، ١٩٥٤، صـــ ٤ : ٥ .

(٣) د. على عبد الواحد ، المسئولية والجزاء ، ١٩٢٠ ، صـــ ١٣٠ ، ١٣١ .

سعى أنصارها إلى التوفيق بين المدرستين التقليدية والوضعية بما يساهم فى تجنب الانتقادات التى وجهت إلى كل منهما على حده ، والجمع بين مزايا كل منهما حيث نادت بضرورة أن يستهدف العقاب تقويم وإصلاح الجانى . وذلك بجانب الإيلام والردع ، وبضرورة إقرار التدابير الجنائية بجانب العقوبة التقليدية خاصة للأشخاص ذوى الخطورة الإجرامية من عديمى الأهلية أو معتادى الإجرام [١] .

مدرسة الدفاع الاجتماعى :

اهتمت هذه المدرسة خاصة فى اتجاهها المتطرف بالمجتمع على عكس المدرسة الوضعية التى اهتمت بالمجرم ، وعلى عكس المدرسة التقليدية التى اهتمت بالجريمة . ووفقاً لهذا الاتجاه لا أهمية لحرية الإرادة أو للحتمية فى المجال الجنائى ، فالإنسان سواء كان حراً أو مجبراً يخضع دائماً لحكم المجتمع وذلك على ضوء أفعاله ومدى خطورتها الاجتماعية .

ويطالب " جراماتيكا " زعيم هذا الاتجاه بإلغاء القانون الجنائى والمسئولية الجنائية ، وإحلال المسئولية الاجتماعية المستندة للأفعال اللا اجتماعية ، وكذلك إلغاء العقوبة وإحلال التدابير الوقائية غير المرتبطة

---

(١) العلامة جراماتيكا ، مبادئ الدفاع الاجتماعى ، ١٩٦٩ ، ترجمة د. محمد فاضل ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٦٩ ، صـــ ٧٢ وما بعدها .

بجريمة ، فالغاية منها هو حماية المجتمع ضد كل فعل لا اجتماعى [١] .

وإزاء تطرف اتجاه جراماتيكا ظهر اتجاه آخر أكثر اعتدالاً يتزعمه العلامة " مارك آنسل " وهذا الاتجاه أقرب إلى المدرسة التوفيقية منه إلى الاجتماعية .

وقد تركت هذه المدارس جميعها بصماتها على التشريعات الجنائية المعاصرة فى مختلف دول العالم [٢] .

٣- التغيرات الاجتماعية والاقتصادية المعاصرة :

شهد ذلك العصر ثورة اقتصادية كبرى فى مجال الصناعة والتجارة ، وما نجم عن ذلك من انتشار كبير للأشخاص المعنوية وما استتبعه من وقوع جرائم كثيرة ومتنوعة باسم تلك الأشخاص وكان لتلك الظاهرة أثر كبير على اتجاه التشريع الجنائى إذ أقر المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية بعد أن كانت قاصرة على الشخص الطبيعى وفقاً للأساس الأخلاقى للمسئولية الجنائية .

كما نجم عن الصراعات الدولية التى شهدها ذلك العصر والمتمثلة فى

---

(١) رؤوف عبيد ، التيسيير والتخيير ، العلوم القانونية والاقتصادية ، ع ١ ، ٢ ، ١٩٧٠ ، صـ ٩٢ ، ٩٣ .

(٢) د. أحمد فتحى سرور ، أصول السياسة الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ ، صـ ٥٩ : ٦٢ ، د. رؤوف عبيد ، المقالة السابقة ، صـ ٢٩٥ : ٢٩٩ .

الحربين العالميتين الأولى والثانية ، وحركات الاستقلال التى اندلعت فى الدول النامية التى كانت مستعمرة من قبل الدول الأوروبية دفع السلطات فى هذه الدول إلى سن التشريعات التى تمكنها من السيطرة علىالحركات الثورية والحفاظ على كيان الدولة وأمنها الداخلى بغض النظر عن تمسكها بالمبادئ العامة للقانون الجنائى وكان لذلك أكبر الأثر فى ظهور ما يعرف بالمسئولية الجماعية ومن أمثلتها جرائم الحرب [١] .

وأخيراً كان لاتسام العصر الحاضر بالمادية أن تغلب الطابع المادى على ماعداه ، وسعت السلطة إلى إقرار تشريعات تستهدف تحصيل الجزاءات المالية بصفة أساسية ولو من الغير متجاهلة بذلك المسئولية الشخصية .

خطة البحث :

نستعرض موضوعات قانون العقوبات القسم العام فى أقسام ثلاث نخصص الأول للامشروعية الجنائية ، ونتناول فى الثانى الجريمة ، ونفرد للأهلية والجزاء الجنائى القسم الثالث وذلك على النحو الآتى :

القسم الأول : اللامشروعية الجنائية .

القسم الثانى : الجريمة .

القسم الثالث : الأهلية والجزاء الجنائى

والله ولى التوفيق

---

(١) د. إحسان هندى ، جرائم الحرب والعقاب عليها ، " مجلة العدالة ، ١٩٨٠ ، صـ ٦٤ : ٦٥ .

القسم الأول

اللامشروعية الجنائية

تمهيد وتقسيم :

اللامشروعية الجنائية صفة يضفيها المشرع على السلوك إيجابياً كان أو سلبياً من شأنها أن تخرجه من نطاق الإباحة الأصلية (الأصل فى الأفعال الإباحة) إلى نطاق التجريم .

ويشترط كى يوصف السلوك باللامشروعية الجنائية أن يجرم المشرع الجنائى ارتكاب السلوك الإجرامى المنهى عن ارتكابه ، أو الامتناع عن ارتكاب السلوك المأمور بارتكابه ، وأن يقرر لمرتكبه جزاءً جنائياً من شأنه أن يحمل المخاطبين بالنص الجنائى على عدم انتهاكه . ويعرف هذا النص بالقاعدة الجنائية المجرمة .

إلا أن تجريم المشرع للسلوك الإجرامى وإقرار جزاء جنائى لمرتكبه لا يكفى وحده لوصف السلوك باللامشروعية ، وإنما يشترط بجانب ذلك تخلف السبب المبيح الذى من شأنه رفع الوصف الإجرامى عن السلوك المجرم بموجب القاعدة الجنائية المجرمة ، وهو ما يعرف بالإباحة الاستثنائية أو بالقاعدة الجنائية المبيحة .

ونستعرض هذان الشرطان كل فى باب مستقل :-

الباب الأول

القاعدة الجنائية المجرمة

تمهيد وتقسيم :

ثمة قاعدة عامة تحكم سلوك الإنسان " الأصل فى الأشياء الإباحة " وهذه القاعدة تعنى أن الإنسان حر فى أن يعمل ما يشاء وقت ما يشاء ، وأن يمتنع عما يشاء وقت ما يشاء .

إلا أنه لما كانت الحرية المطلقة تعنى الفوضى ، ولا وجود لها فإن المشرع دائماً ما يتدخل ليقيد تلك الحرية ، ويفرض على الإنسان ضرورة اتباع أفعال معينة ، وضرورة الامتناع عن ارتكاب أفعال معينة . وكى يضمن المشرع التزام الأشخاص بما يفرضه عليهم كان لابد أن يفرض جزاءً معيناً على من يخل بأوامره ونواهيه .

وتتجسد أوامر ونواهى المشرع فيما يعرف بالقاعدة الجنائية وما يهمنا هنا هو القاعدة الجنائية الموضوعية دون القاعدة الجنائية الإجرائية نظراً لتعلق الأخيرة بقانون الإجراءات الجنائية والمقرر تدريسه على طلبة الفرقة الرابعة وسوف نلقى الضوء على القاعدة الجنائية من خلال فصول ثلاثة : نستعرض فى الأول مفهومها ، ثم نعقبه بتوضيح خصائصها وأخيراً نقف على نطاق تطبيقها . وذلك على النحو التالى : -

الفصل الأول

مفهوم القاعدة الجنائية

كى نلم بمفهوم القاعدة الجنائية يتعين أن نوضح ماهيتها ، وقواعد تفسيرها ، ومصادرها ، وذلك من خلال ثلاث مباحث :

المبحث الأول

ماهية القاعدة الجنائية

التعريف بالقاعدة الجنائية يقتضى إبراز دلالتها ، وعناصرها ، وأهدافها ، وطبيعتها ، وتحديد المخاطبين بها ، وذلك من خلال مطلبين :

المطلب الأول

دلالة القاعدة الجنائية

ماهية القاعدة الجنائية :

القاعدة الجنائية بمثابة تعبير يفرض به المشرع إرادته على أعضاء الجماعة ، ويحدد فيه أنواع السلوك – إيجابياً كان أو سلبياً – التى تشكل ماديات الجريمة ، كما يوضح الجزاءات الجنائية التى توقع لمخالفته إرادة المشرع . [١] وتعد القاعدة الجنائية بمثابة الخلية الأولى فى النظام القانونى الجنائى ، ومن مجموع القواعد الجنائية يتشكل النظام القانونى الجنائى .

عناصر القاعدة الجنائية :

وفقاً لهذا التعريف فإن للقاعدة الجنائية شقين : الأول : يتعلق بالتجريم . ويعرف بشق التجريم . والثانى : يتعلق بالجزاء الجنائى . ويعرف بشق الجزاء وتبدو أهمية هذين الشقين . إذ بالشق الأول يعرف الأشخاص

---

(١) د. يسر انور على ، المرجع السابق ، صـــ ١٠٠ .

المخاطبون بها ما ينبغى عليهم إتيانه أو الامتناع عن ارتكابه . وبالشق الثانى يعرفون ما سوف يلحق بهم من أذى إذا ما انتهكوا الشق الأول ويغلب على الجزاء الإيلام والردع ولو لم ينطو على تقييد للحرية الشخصية للفرد إذ دائماً ما ينطوى على النيل من المكانة الأدبية .

ومن الأمثلة على ذلك نص المادة ٧٧ (أ) " يعاقب بالإعدام كل مصرى التحق بأى وجه بالقوات المسلحة لدولة فى حالة حرب مع مصر " هذه المادة بمثابة قاعدة جنائية تتكون من شقين : الشق التجريمى ، ويتجسد فى إلتحاق المصرى بالقوات المسلحة لدولة العدو . والشق الجزائى يتجسد فى توقيع عقوبة الإعدام على كل من يخالف النص الذى يتضمنه الشق التجريمى .

ويغلب على القواعد الجنائية تضمنها هذين الشقين ، إذ لا أهمية لشق التجريم ما لم يكن مصحوباً بإنذار لكل من تسوله نفسه انتهاك ذلك الحظر . فمن المعروف كما ورد فى القرآن الكريم ، " إن النفس لأمارة بالسوء " ، فالنفس دائماً ما تنفر الأوامر وتستهجن القيود ، وتحبذ وتسعى للحرية ، ولن يردعها أو يدفعها إلى التقيد بأوامر ونواهى الشارع الجنائى إلا إذا كانت مصحوبة أو مقترنة بجزاء يوقع على من ينتهك الشق التجريمى وذلك وفقاً لقانون " اللذة والألم " .

وكذلك لا أهمية لقاعدة جنائية دون شق تجريمى : إذ على ماذا يوقع الشق الجزائى . وما الجرم الذى ارتكبه الشخص كى يوقع عليه الجزاء الجنائى . وذلك مصداقاً لقوله تعالى : " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً " . فإذا لم يسن المشرع قاعدة جنائية تجرم ارتكاب أفعال معينة ، أو تأمر بضرورة ارتكاب أفعال معينة فالإنسان حر فى أن يرتكب أو أن يمتنع عن ارتكاب ما يشاء دون أن يلاحقه المشرع بأى جزاء جنائى مهما كان صورته (عقوبة – تدبير) . وإن كان قد أنكر بعض الفقه تضمن القاعدة الجنائية

شق التجريم قاصراً إياه على الشق الجزائى ، ولا نؤيد هذا الاتجاه نظراً للارتباط المنطقى والزمنى بين الشقين على النحو السابق إيضاحه .

وقولنا يغلب على القواعد الجنائية الموضوعية تضمنها شقين : تجريمى وجزائى ، يرجع إلى وجود بعض القواعد الجنائية الموضوعية لا تتضمن أى من الشقين وتعرف بالقواعد الجنائية التفسيرية وهى تلك التى يعهد إليها تفسير قواعد جنائية سابقة عليها . ومن الأمثلة على ذلك ما ورد فى الكتاب الأول من المدونة العقابية .

كما توجد قواعد جنائية موضوعية لا تتضمن الشقين معاً . إذ قد تتضمن شق واحد ، بينما يوجد الشق الآخر فى قاعدة جنائية أخرى . وبمعنى آخر قد تتواجد القاعدة الجنائية فى أكثر من نص تشريعى فى قانون واحد أو فى قوانين مختلفة متعاصرة . ويطلق على مثل هذه القاعدة " قاعدة جنائية تجريمية " إذا ما تضمنت الشق التجريمى فقط . بينما يطلق على القاعدة التى تضمنت الشق الجزائى فقط " قاعدة جنائية جزائية " وذلك تمييزاً لهما عما يطلق عليه " قاعدة جنائية " لشمولها الشقين معاً .

كما قد تقتصر القاعدة الجنائية على الشق الجزائى دون أن تكملها قاعدة جنائية تجريمية أخرى فى نفس القانون ، أو فى قانون آخر معاصر إذ تحيل إلى ما سوف تصدره السلطات العامة من قرارات عامة أو خاصة فى موضوع معين . ويطلق على هذه القاعدة الجنائية " قاعدة جنائية على بياض " بينما يطلق على القرارات التى ستصدرها السلطة العامة " قواعد جنائية تجريمية " .

أهداف القاعدة الجنائية :

تستهدف القاعدة الجنائية صيانة مصالح الأفراد والمجتمع ويتأتى ذلك عن طريق تجريم كل ما من شأنه إهدار المصالح العامة أو الخاصة أو الإخلال

بها ، وفرض جزاء جنائى على كل من يعتدى على المصلحة المستهدفة من التجريم .

والمصالح المستهدفة من التجريم لا تخرج فى الشريعة الإسلامية عن خمسة أنواع يطلق عليها " الكليات الخمس " وتتمثل هذه الكليات الخمسة فى:

أولاً : الحفاظ على الدين : ويتأتى ذلك عن طريق كل ما من شأنه الاعتداء على القيم الدينية ومن أمثلتها جرائم الردة وسب الدين (١) .

وثانياً : الحفاظ على النفس : ويعد ذلك أساساً تجريم كل ما من شأنه المساس بنفس الغير . ومن أمثلتها جرائم القتل والجرح والضرب .

وثالثاً : الحفاظ على العقل . وذلك بتجريم كل ما من شأنه التأثير على القوة العقلية للإنسان . ومن أمثلتها تجريم تعاطى الخمر أو المسكر .

ورابعاً : الحفاظ على العرض : وهذه المصلحة تعد أساساً لتجريم كل ما من شأنه المساس بالعرض أو خدش الحياء ومن أمثلتها جرائم الزنا والاغتصاب وهتك العرض والفعل الفاضح العلنى .

وخامساً : الحفاظ على المال : ويعد ذلك أساس تجريم كل ما من شأنه الاعتداء على ملكية الغير سواء كان مال عام أو خاص وتعرف هذه الجرائم بجرائم الأموال ، ومن أمثلتها السرقة والنصب .

وهذه الكليات الخمسة التى استهدفتها الشريعة الإسلامية تكاد تتفق مع تلك التى استهدفها التشريع الوضعى . إذ يستهدف الحفاظ على ملكية الغير ، والحفاظ على العرض ، والحفاظ على النفس والحفاظ على العقل ، وأخيراً الحفاظ على الدين . لكن مع بعض الاختلاف من حيث درجة الاهتمام بهذه المصالح خاصة فيما يتعلق بالحفاظ على العرض والعقل والدين .

---

(١) الشيخ محمد أبو زهرة ، " العقوبة فى الفقه الإسلامى " ، دار الفكر العربى ، جـــ ٢، ١٩٧٤ ، صـــ ٣٧ : ٤٠ .

ففيما يتعلق بالحفاظ على العرض : إذا كانت الشريعة الإسلامية تجرم كل ما من شأنه المساس بالعرض ، فإن التشريع الوضعى يقصر التجريم على أفعال الاعتداء على العرض دون رضا فقط أو كان أحد طرفى العلاقة أقل من ١٨ عام ، أو كانت المعاشرة الجنسية على فراش الزوجية ، أو كانت مقابل أجر (الدعارة) .

وكذلك فيما يتعلق بالحفاظ على العقل فإذا كانت الشريعة الإسلامية تجرم تعاطى الخمور والمسكرات كلية ، فإن التشريع الوضعى لا يجرم سوى التعاطى العلنى أو التعاطى دون تصريح لها .

وأخيراً بالنسبة للحفاظ على الدين فلا نجد اهتمام من المشرع الوضعى بتجريم كل ما من شأنه الاعتداء على الدين .

تقسيم القواعد الجنائية :

تتعدد تقسيمات القواعد الجنائية باختلاف الزاوية التى ننظر منها إليها :

فإذا نظرنا إليها من زاوية عناصرها فإنها تنقسم إلى قواعد جنائية تجريمية وأخرى تفسيرية . وهو ما سبق لنا توضيحه من قبل ، لذا نحيل إليه منعاً للتكرار .

وإذا نظرنا إليها من زاوية مضمون القاعدة الجنائية يمكننا التمييز بين قواعد إيجابية وقواعد سلبية وأخرى إباحية ، ونعنى بالقواعد الإيجابية تلك التى تأمر بارتكاب فعل معين . مثل الأمر بضرورة الإدلاء بالشهادة أمام المحكمة إذا ما استدعت المحكمة الشاهد وإلا شكل ذلك " جريمة الامتناع عنه الإدلاء بالشهادة " .

بينما نعنى بالقواعد الجنائية السلبية : تلك التى تنهى عن ارتكاب فعل معين مثل النهى عن إزهاق روح إنسان . وعليه إذا قام شخص بإطلاق عيار نارى على آخر ، ونجم عنه إزهاق روح المجنى عليه كان مرتكباً لجريمة

قتل . وكذلك إذا قام شخص باختلاس مال منقول مملوك للغير بنية تملكه عد ذلك الشخص مرتكباً لجريمة سرقة .

وأخيراً نعنى بالقواعد الجنائية الإباحية : تلك التى تبيح سلوكاً مجرماً . فمثلاً بالرغم من نهى القاعدة الجنائية السلبية المخاطبين بها عن إزهاق روح إنسان ، فإن القاعدة الإباحية تبيح مثل ذلك الفعل المنهى عنه متى استوفت شروطها وذلك لرجحان المصلحة المستهدفة من الإباحة على المصلحة المستهدفة من التجريم ، ومن أمثلتها القواعد التى تبيح الدفاع الشرعى واستعمال الحق وأداء الواجب (١) .

بينما إذا نظرنا إليها من زاوية المدة : فهناك قواعد دائمة ، وقواعد مؤقتة ، وقواعد انتقال . ونعنى بالقواعد الدائمة تلك التى تصدر دون تحديد مدة معينة لانقضائها ، ويخضع الغاؤها للأحكام العامة . بينما نعنى بالقواعد المؤقتة تلك التى تصدر لفترة محددة سواء لفترة معينة أو لظروف معينة كجرائم التسعيرة مثلاً . ونعنى أخيراً بالقواعد الانتقالية تلك التى تفصل فى المشاكل الناجمة عن الانتقال من تشريع قديم لآخر جديد .

وكذلك إذا نظرنا إليها من زاوية الباعث عليها فهناك قواعد جنائية عادية وأخرى استثنائية . ونعنى بالقواعد العادية تلك التى تصدر فى الظروف العادية وتتقيد بالمبادئ العامة للقانون . بينما القواعد الاستثنائية فهى تلك التى تصدر فى ظروف غير عادية ، ولا تتقيد غالباً بالمبادئ العامة للقانون . وهذه القوانين الاستثنائية مؤقتة بطبيعتها ، وترتبط بالظروف التى دعت إليها

---

(١) وإن كان الدكتور رمسيس بهنام يقصد بالقاعدة الجنائية السلبية تلك التى تبيح الفعل المجرم ومعتبراً القاعدة الجنائية الإيجابية تشمل تلك التى تجرم ارتكاب فعل معين أو تلك التى تأمر بارتكاب فعل معين ، أنظر صـ ٢١٠ .

ومن أمثلتها قوانين الطوارئ ، والأحكام العرفية والقوانين التموينية فى ظروف الحرب .

وأخيراً إذا نظرنا إليها من زاوية الجهة المصدرة لها فهناك قوانين وقرارات بقوانين ولوائح . ونعنى بالقوانين تلك القواعد القانونية التى تصدرها السلطة التشريعية فى الدولة ، بينما نعنى بالقرارات بقوة القانون تلك التى تصدرها السلطة التنفيذية ممثلة فى شخص رئيس الجمهورية فى حالات الضرورة والطوارئ والتفويض من السلطة التشريعية (م ١٠٨ ، ١٤٧ ، ١٤٨ من الدستور المصرى لعام ١٩٧١) . وأخيراً نعنى باللوائح تلك التى تصدرها السلطة التنفيذية ، وذلك بناء على تفويض من القوانين أو القرارات بقوانين ، وفى الحدود التى تسمح بها . وتستمد السلطة التنفيذية سلطتها الاستثنائية هذه من نص المادة ٦٦ من الدستور " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون (وهو ما سوف نوضحه فى الباب التالى إن شاء الله) كما تستمد قوتها من المواد ١٤٤ (اللوائح التنفيذية) ، ١٤٥ (لوائح الضبط) من الدستور المصرى لعام ١٩٧١ ، المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات (اللوائح الإدارية) .

وثمة زوايا أخرى للتقسيم . إلا أننا نكتفى بالزوايا الخمسة السابقة باعتبارها أهم تلك الزوايا . وننتقل الآن لتحديد طبيعة تلك القواعد الجنائية . وذلك فيما يلى :

المطلب الثانى

طبيعة القاعدة الجنائية

تتميز القاعدة الجنائية من حيث طبيعتها بأنها من قواعد القانون العام ، وبأنها قاعدة آمرة وتوجيهية ، وبأن لها قوة جزائية :

١- إحدى قواعد القانون العام :

تنظم قواعد القانون العام العلاقات التى تكون الدولة طرفاً فيها ، ونظراً لأن العلاقة الخاضعة للقاعدة الجنائية تنشأ بين الدولة ومن يخالفها والمتمثلة فى حق الدولة فى العقاب (فى تحريك الدعوى الجنائية ومحاكمة الجانى وتنفيذ العقاب) (١) .

٢- ذات طبيعة مزدوجة (آمرة وتوجيهية) :

القاعدة الجنائية يلتزم طرفيها (الدولة – الجانى) بحكمها إذ لا يجوز لطرفيها الاتفاق على خلافها ، وذلك على عكس القواعد التى يتضمنها القانون المدنى إذ يجوز لطرفى الاتفاق على عكسها وكذلك على عكس القواعد الأخلاقية وقواعد القانون الدولى العام (٢) .

والجدير بالذكر أن الطبيعة الإلزامية للقاعدة الجنائية تشمل شقيها التجريمى والجزائى معاً ، كما أنها ذات طبيعة توجيهية حيث تضع القاعدة الجنائية معايير لتقييم سلوك الأفراد إيجابياً كان أو سلبياً ، ثم إلزامهم باتباع سلوك محدد تقبله الجماعة (٣) .

وهذه الطبيعة المزدوجة لا تتعلق فقط بالقواعد الجنائية التجريمية ، وإنما تمتد لتشمل القواعد الجنائية التفسيرية أيضاً ، والتى يقصد بها تلك التى تحدد وتكمل وتضع شروطاً لتطبيق القواعد الجنائية التجريمية ، ومن ثم يكون لها ذات طبيعة هذه القواعد ذاتها .

٣- لها قوة جزائية : فالقاعدة الجنائية التجريمية تعزز حكم قاعدة أخرى غير جنائية تتبع قانون آخر غير قانون العقوبات . ولهذه القوة الجزائية وجهان :

---

(١) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، صـ ١٧٦ .

(٢) الهامش السابق ، صـ ١٧٦ : ١٧٧ .

(٣) د. يسر انور ، المرجع السابق ، صـ ١٠١ : ١٠٢ .

أ- أن كل سلوك مجرم بموجب قاعدة جنائية يكون محظوراً أيضاً بقاعدة قانونية أخرى [١] .

ب- إن حظر السلوك بموجب قاعدة قانونية غير جنائية يسبق حظره بموجب قاعدة جنائية . وهذا يعنى أن القانون الجنائى يعتبر مدعماً ومعززاً بجزائه الخاص حكم الفروع الأخرى للقانون ، وذلك فى نطاق التجريم الذى تتضمن القواعد الجنائية ، فالتجريم من قبل القانون الجنائى لا يشمل كل ما هو محظور فى فروع القانون الأخرى ، وإنما يحظر بعضه فقط مقرراً له جزاءً جنائياً لذا يقال عن القاعدة الجنائية أنها ذات طبيعة إنشائية [٢] .

المخاطبون بالقاعدة الجنائية :

القاعدة الجنائية باعتبارها مصدرا لواجب قانونى توجه خطابها إلى من يقع على عاتقهم هذا الواجب من الأشخاص ، فمن هم هؤلاء الأشخاص ؟ اختلف الفقه فى الإجابة على هذا التساؤل . ونستطيع القول بأن القاعدة الجنائية موجهة ككل إلى الأفراد وأجهزة الدولة معاً على اختلاف فى مراكز وواجبات كل منهما . فالأفراد ملتزمون بعدم انتهاك القاعدة التجريمية ، فإذا ما أمرتهم القاعدة الجنائية بإتيان فعل معين وجب عليهم إتيانه ذلك الفعل وإذا ما أمرتهم القاعدة الجنائية بالامتناع عن فعل معين وجب عليهم عدم ارتكاب مثل ذلك الفعل ، وإلا طبق عليهم الشق الجزائى للقاعدة الجنائية .

وكذلك فإن القاعدة الجنائية تخاطب السلطة فمن المعروف أن السلطة تستمد من القاعدة الجنائية حقها فى معاقبة من انتهك القاعدة التجريمية ، ومن ثم فإن القضاء يلتزم بتطبيق الجزاء على المخالفين .

---

(١) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، صـ ١٧٨ .

(٢) الهامش السابق ، صـ ١٧٨ : ١٧٩ ، أنظر انتقادات هذه الطبيعة ورفضها فى نفس المرجع ، صـ ١٨١ : ١٨٨ .

وليس صحيحاً ما ذهب إليه البعض من أن القاعدة الجنائية موجهة فقط للأفراد ، وليس صحيحاً كذلك ما ذهب إليه البعض من أنها موجهة للسلطة فقط . وكذلك ليس صحيحاً القول بأن الشق التجريمى من القاعدة الجنائية موجه إلى الأفراد ... بينما الشق الجزائى موجه إلى السلطة [١] . وأساس رفضنا لهذا القول أن القاعدة الجنائية بعنصريها وحدة لا تتجزأ ، ومن ثم يجب أن توجه القاعدة الجنائية بعنصريها إلى الأفراد والسلطة معاً .

ولكن ليس معنى ذلك أن جميع القواعد الجنائية موجهة للأفراد [٢] والسلطة معاً ، فهناك القواعد التفسيرية موجهة فقط للسلطة (القضاء).

وإذا انتهينا إلى أن القاعدة الجنائية موجهة إلى الأفراد والسلطة معاً فهل معنى ذلك أنها موجهة للأفراد جميعهم ؟ أم أنها قاصرة على من يتمتع بالأهلية الجنائية ؟ يمكن القول بأنها موجهة لجميع الأفراد ولو كانوا عديمى الأهلية ، نظراً لأن هناك فارق بين المخاطبين بالقاعدة الجنائية والخاضعين لها وذلك لعدة اعتبارات :-

الأول : أن كل قاعدة جنائية لها بالإضافة إلى وظيفتها الآمرة طبيعة أخرى تسمى " الوظيفة الوازنة " بمعنى أن السلوك المحظور بموجب القاعدة الجنائية يصبح غير مشروعاً لمساسه بالمصلحة القانونية التى يحميها المشرع ، وهذا المساس يتحقق فى السلوك بمجرد اعتدائه على هذه المصلحة سواء كان صادراً من شخص عاقل أو مجنون [٣] .

والثانى : أن القانون لا يمكنه أن يطمع فى التزام المواطنين جميعهم بأحكامه ، وإنما يطمع فى أن يلتزم بأحكامه النسبة الكبيرة من الأفراد لذلك فهو

---

(١) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، صـ ٢١٦ .

(٢) الهامش السابق ، صـ ٢١٦ : ٢١٧ .

(٣) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، صـ ٢٢٢ .

يخاطب الجميع لأن الدولة لا تعرف مقدماً من هم أولئك الذين سيطيعون القانون ومن سيعصوه .

والثالث : أن عديم الأهلية يتصور ارتكابه الجريمة بركنيها المادى والمعنوى (على النحو الذى سنوضحه فى موضع آخر) ، وكل ما للجنون من أثر لا يتعدى كونه مانعاً من المسئولية الجنائية . والجدير بالذكر أن عدم مساءلة عديم الأهلية هنا يرجع إلى كونه غير خاضع لتطبيق القاعدة الجنائية ، وما تحريك الدعوى الجنائية ضده إلا لكونه مخاطباً بالقاعدة الجنائية .

المبحث الثانى

مصادر القاعدة الجنائية

يقصد بمصادر القاعدة الجنائية صانعها والوعاء الذى يحتويها ويستقى منها مضمونها .

وصانع القاعدة الجنائية هو الشعب سواء بصورة مباشرة كالدستور أو عن طريق ممثليه (البرلمان) ، ودون أن يعهد بها إلى السلطة التنفيذية أو إلى السلطة القضائية .

وقد تستمد القاعدة الجنائية مصدرها من التشريع الوضعى ، كما قد تستمده من الشريعة الإسلامية وهو ما سنتناوله كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

التشريع الوضعى

يمكن تصنيف المصادر المستمدة من التشريع الوضعى إلى مصادر رئيسية وأخرى ثانوية :

المصادر الرئيسية :

تتجسد المصادر الرئيسية المستمدة من التشريع الوضعى فى الدستور والتشريع العادى :-

أ- الدستور :

الدستور بمثابة قواعد قانونية صادرة عن الشعب مباشرة وليست صادرة عن مجرد ممثليه (البرلمان) كما فى التشريع العادى .

وكما قلنا آنفاً فإن الدستور يسمو على كافة القواعد القانونية العادية والقرارات بقوة القانون واللوائح . ومن ثم لا يجوز أن تتضمن القواعد الجنائية أحكام تتعارض مع الدستور . وإذا صدرت قاعدة جنائية تتناقض مع الدستور تعين تقرير " عدم جواز تطبيقها " ، وذلك عن طريق المحكمة الدستورية العليا والتى انشئت بالق رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ [١] .

١٣- العلاقة بين الدستور وقانون العقوبات :

هذه العلاقة ذات جوانب متعددة ، فقد يحمى قانون العقوبات حقوقاً يقررها الدستور . حيث يقرر الدستور حقوقا أو حريات عامة ويفرغها فى قالب نظرى لا يكفى بنفسه لكفالة تطبيق دقيق له أو فرض احترامه على السلطات العامة والأفراد ، فيتدخل القانون الجنائى لكى يحرم الاعتداء على هذا الحق ويقرر الجزاء الذى يكفل احترامه . ومن أمثلة ذلك المادة ١/٤٥ من الدستور لنصها أن " لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، الدستور والقانون الجنائى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، صـ ١ .

القانون " ثم جاء قـانون العقوبـات فـى المـادتين ٣٠٩ مكـرر ، ٣٠٩ مكرر (أ) . يوضح لنا الجرائم التى تنجم عن الاعتداء علـى هـذا الحـق والمتجسد فى استراق السمع والبصر .

وقد يقرر قانون العقوبات قواعد فنية ، يفترضها تطبيق المبادئ الأساسية للسياسة الجنائية التى تبناها ، أو تطبيق الأحكام العامة التى يقوم عليها . إلا أن الدستور يقدر بعد ذلك اتصال هذه المبادئ والأحكام بالحقوق والحريـات العامة للمواطنين ، أو يرى فيها قيوداً لابد من فرضها على السلطات العامة كى يتخذ التنظيم السياسى للمجتمع الصورة التى يقررها ، الأمر الذى يـدفع المشرع الدستورى إلى إقرار هذه القواعد الجنائية إبرازاً لقيمتها السياسـية . ومن أمثلتها ما نصت عليه م ٥ من قانون العقوبات ... والتى قـررت مبـدأ الشرعية الجنائية ، ومبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية . ونظراً لأهمية هذين المبدأين نص عليهما الدستور فى م ٦٦/٢ وبـذلك رفعهمـا إلـى المرتبـة الدستورية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبـة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " .

كما قد يقرر الدستور نصوص إباحية لما جرمه قانون العقوبات . ومن أمثلة ذلك ما جرمه قانون العقوبات فى المادة ٣٠٢ وما بعدها مـن تجـريم للقذف والسب . إلا أن المادة ٤٨ من الدستور قد أقرت للصـحف وسـائر وسائل الإعلام الحق فى نشر الأخبار ونقد التصرفات التـى تهـم جمهـور الناس ، ولو تضمنت من العبارات ما تقوم به جريمة قذف أو جريمة سـب

ويترتب على ذلك أن الصحافة تستفيد من سـبب للإباحـة مصـدره نـص الدستور .

وأخيراً قد يتضمن الدستور قيوداً على بعض نصوص قانون العقوبات إذ قد يرد النص عاماً فى قانون العقوبات ، ولكن الدستور يورد قيوداً عليـه . ومن الأمثلة على ذلك ما ورد فى المادة ٣٦ من الدستور الذى قـرر حظـر عقوبة المصادرة العامة ، وعدم توقيع عقوبة المصادرة الخاصـة إلا بحكـم قضائى .

١٤- المبادئ العامة لقانون العقوبات ذات القوة الدستورية :

من أهم المبادئ العامة لقانون العقوبات والتى حظيت بحماية دسـتورية هى :

- مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات :

وهو ما نص عليه فى المادة ٢/٦٦ من الدستور ، وما أكدت عليه المادة ٥ ع . وبذلك يحظى هذا المبدأ بقوة دستورية الأمر الذى ينجم عنـه عـدم جواز تجريم أى سلوك أو تحديد أى عقوبة إلا بناء على قانون . وهذا يعنى أن يكون مصدر التجريم والعقاب قاعدة جنائية سنها المشرع (البرلمـان) غالباً ، ونادراً ما يسنها رئيس الجمهورية فى صورة قرار جمهورى بقـوة القانون (م ١٠٨ ، ١٤٧ ، ١٤٨ من الدستور) أو السـلطة التنفيذيـة فـى صورة لائحة (م ١٤٠ ، ١٤٤ من الدستور) غير أنه فى هـذه الأحـوال

النادرة تستند إلى تفويض دستورى أو تشريعى بذلك . ومن ثم لا يكون للسلطة التنفيذية شأن بذلك إلا استثناءاً ، ولا يكون للسلطة القضائية على الإطلاق شأن بذلك [١] .

– مبدأ عدم رجعية نصوص التجريم والعقاب :

نص على ذلك المبدأ فى المادة ٥ من قانون العقوبات وفى نفس الوقت أسبغ الدستور عليه حمايته ، وذلك بموجب المادة ٢/٦٦ من الدستور " لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " . ومن ثم لا يجوز للمشرع العادى أو المشرع الاستثنائى (رئيس الجمهورية) أن يسن قواعد جنائية تقرر رجعية النصوص الجنائية الأسوأ للمتهم أو للقوانين المحددة الفترة [٢] .

مبدأ شخصية العقوبات :

وهو ما نصت عليه المادة ١/٦٦ من الدستور وبهذا النص أسبغ الدستور على شخصية العقوبة القوة الدستورية مما يعني عدم جواز سن قواعد قانونية جنائية تقرر توقيع العقاب على غير مرتكب الجريمة ، وكذلك لا يجوز سن قواعد جنائية تقرر تنفيذ العقاب في مواجهة غير المحكوم عليه [٣].

---

(١) د. محمود نجيب حسنى ، الدستور ، المرجع السابق ، صـ ١١ : ١٢ ؛ د. على القهوجى ، المرجع السابق ، صـ ٤٢ : ٤٧ .

(٢) الهامش السابق ، صـ ١٣ : ١٤ .

(٣) المؤلف ، مبدأ شخصية ، المرجع السابق ، ص٢٢٦ وما بعدها .

قاعدة المساواة بين الناس في العقوبة :

وهو ما نصت عليه المادة ٤٠ من الدستور "المواطنون لـــدى القـــانون سواء" ويعني ذلك أن جميع المخاطبون بالقاعـــدة الجنائيـــة سواســـية أمـــام القانون . فضلا عن أنه لا يجوز التمييز بين الناس في الحكم الجنائي بسبب العقيدة أو اللون أو الجنس ، فإذا قرر القانون عقوبة لجريمة معينـــة تعـــين توقيع هذه العقوبة على كل من يرتكب هذه الجريمة دون تفرقة [١].

مبدأ قضائية العقوبة :

وهو ما نصت عليه المادة ٢/٦٦ من الدستور "لا توقع عقوبة إلا بحكـــم قضائي" وفقا لهذه المادة فإنه لا يجوز للسلطة التنفيذية توقيع العقـــاب علـــى مرتكب الجريمة . إذ أن ذلك من اختصاص القضاء وحده ، كما لا يجـــوز من باب أولى توقيع العقاب بقوة القانون أي بمجرد ارتكاب الجريمة . وهـــو ما نصت عليه المادة ٤٥٩ أ.ج [٢].

الرقابة الدستورية على تطبيق القانون الجنائي :

إذا أسبغ الدستور حمايته على مبدأ من المبادئ القانونية فإن ذلك يعنـــي كما ذكرنا آنفا عدم جواز سن نصوص قانونية تتعارض مع أحكام الدســـتور لهذا المبدأ . وإذا ما سن المشرع قاعدة جنائية تتعارض مع الدستور فإن ذلك

---

(١) د.محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٢١ : ٢٢ .
(٢) الهامش السابق ص٢٢ .

يعني عدم دستورية هذه القاعدة ، ويعني ذلك تخويل القضاء سلطة عدم تطبيق تلك القاعدة وهو ما استقر عليه القضاء المصري منذ زمن إذ كان يمتنع عن تطبيق القانون المناقض للدستور كما كان القضاء يراقب اللوائح للتأكد من مطابقتها للقانون الذي صدرت تنفيذا له وإلا امتنع أيضا عن تطبيقها [١].

إلا أن المشرع رغبة منه في توحيد جهة الاختصاص بالرقابة الدستورية أنشأ بموجب القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ المحكمة العليا وأسند إليها وحدها مهمة الفصل في دستورية القوانين ولم يعد من سلطة المحاكم الامتناع عن تطبيق القانون بحجة عدم دستوريته إذ يتعين إحالة الفصل في مدى دستورية القانون المنظور أمامها إلى المحكمة العليا لتقرر مدى دستوريته وذلك تطبيقا لنص المادة الرابعة من ق٨١ لسنة ١٩٦٩ والتي تنص على أنه "إذا رفع لدى إحدى المحاكم بعدم دستورية قانون أوقفت الفصل في الدعوى وحددت ميعاداً ليرفع خلاله الخصم ذو الشأن دعواه بعدم دستورية القانون إلى المحكمة العليا ، فإذا لم يرفعها اعتبر دفعة كأنه لم يكن" .

وقد نص الدستور المصري في المادة ١٧٤ منه على إنشاء المحكمة الدستورية العليا ، إذ نصت على أن "المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها ... " وحددت المادة ١٧٥ اختصاصاتها في قولها "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين

---

(١) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص١٩٨ – على القهوجي ، المرجع السابق ، ص ٥٠ : ٥١ .

واللوائح . وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبـين في القانون " .

وهو ما أوضحته المواد ٢٥ : ٢٧ من القانون رقـم ٤٨ لسـنة ١٩٧٩ والمتعلق بإنشاء المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي :

أولا : الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وقد أوضـحت المادة ٢٧ من الق رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ كيفية تولي المحكمة الدستورية العليا الرقابة الدستورية على القوانين حيث نصت على فرضين هما :

الأول : أن يحال الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا مـن تلقـاء ذات المحكمة (وهي تلك التي كانت تبحث في مدى تطبيق القاعدة القانونية محـل الطعن بعدم دستوريتها) وذلك إذا ما تراءى لها أثناء نظر الواقعة المطروحة أمامها عدم دستورية القاعدة القانونية المطلوب تطبيقها على الواقعة وعندئـذ توقف نظر الدعوى وتحيل الأوراق إليها .

والثاني : أن يدفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو أي هيئة ذات اختصاص قضائي بعدم دستورية القاعدة القانونية التي تنطبـق على الواقعة محل التقاضي في هذه الحالة على المحكمة إذا ما قدرت جديـة الدفع أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن ، بينما إذا حكمت المحكمة الدستورية العليـا

بعدم دستورية القاعدة الجنائية التي تطبق على الواقعة محل التقاضي ، في هذه الحالة فإن على المحكمة إذا ما أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاد لا يجاوز ثلاثة شهور لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن . بينما إذا حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القاعدة القانونية تعين على القاضي الحكم بالبراءة [١].

وكذلك أوضحت المادة ٤٩ من الق رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بيان الأحكام التي تصدرها المحكمة وخصائصها وآثارها . وما يهمنا هنا هو آثار أحكامها إذ تنص على أنه " يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن ، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بإبلاغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه " ، وفقا لهذا النص يعتبر النص الذي حكم بعدم دستوريته كأن لم يكن فلا يستطيع القاضي تطبيقه منذ ذلك التاريخ ، والأكثر من ذلك تعتبر الأحكام الجنائية التي صدرت تطبيقاً لهذا النص لاغية [٢].

تطبيقات قضائية :

---

(١) د. عبد العظيم وزير ، المرجع السابق ، ص٤٧ : ٤٨ .

(٢) د. محمود نجيب حسني ، الدستور ، المرجع السابق ص٦ : ٧ .

من المقرر حسبما تقضى به المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٧٩ فى شأن المحكمة الدستورية العليا أن محكمة الموضوع أو الهيئة ذات الإختصاص هى وحدها المختصة بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية و أن الأمر بوقف الدعوى المنظورة أمامها و تحديد ميعاد لرفع الدعوى بعدم الدستورية جوازى لها و متروك لمطلق تقديرها .

[الطعن رقم١ – لسنة ٥٥ق – تاريخ الجلسة ١٠ / ٠٣ / ١٩٨٨ – مكتب فني ٣٩]

لما كان قانون المحكمة الدستورية العليا الصادرة بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ينص فى المادة ٢٩ على أنه : " إذا دفع أحد الخصوم أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الإختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ، و رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى و حددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد إعتبر الدفع كأن لم يكن " . و كان هذا النص يتسق و القاعدة العامة المقررة فى المادة ١٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية المعدل ، و مفادها أن محكمة الموضوع وحدها هى الجهة المختصة بتقدير جدية الدفع بعدم الدستورية ، و أن الأمر بوقف الدعوى المنظورة أمامها و تحديد ميعاد لرفع الدعوى بعدم الدستورية ، جوازى لها و متروك لمطلق تقديرها ، و لما كان البين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة فى حدود سلطتها قد قدرت إستناداً إلى ما أوردته من أسباب سائغة أن الدفع بعدم الدستورية غير جدى و رأت أنه لا محل لإجابة طلب الوقف لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية

العليا ، فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الشأن يكون على غير أساس .

[الطعن رقم٢٨٦ – لسنـــــــــة ٦٠ق – تـــاريخ الجلســة ١٤ / ٠٣ / ١٩٩١ – مكتب فني ٤٢]

لما كانت المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر به القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد إختصت هذه المحكمة دون غيرها بالفصـــل فى دستورية القوانين و اللوائح ، و كان النص فى المادة ٢٩ من هذا القانون على أن " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللـــوائح على الوجه التالى "أ" ... "ب" إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمـــام إحدى المحاكم .... بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة و رأت المحكمة .... أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى و حددت لمن أثار الـــدفع ميعـــاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد إعتبر الدفع كأن لم يكن " مفـــاده أن الـــدفع بعـــدم دستورية نص فى قانون أو لائحة غير متعلق بالنظام العام و من ثـــم فـــلا يجوز لصاحب الشأن إثارته أمام محكمة النقض ما لم يكن قـــد أبـــداه أمـــام محكمة الموضوع ، و كان البين من محضر جلسة المحاكمة أن الطـــاعن أو المدافع عنه لم يدفع أيهما بعدم دستورية أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ لبطلان تشكيل مجلس الشعب الذى وافق عليه ، فإن النعى على الحكم تطبيقه أحكام ذلك القانون على الدعوى – و أياً كان وجه الرأى فيه – يكون غيـــر مقبول .

[الطعن رقم٣٧٢ – لسنـــــــة ٦٠ق – تـاريخ الجلسة ١١ / ٠٤ / ١٩٩١ – مكتب فني ٤٢]

من المقرر حسبما تقضى به المادة ٢٩ من القانون رقـم ٤٨ سـنة ١٩٧٩ فى شأن المحكمة الدستورية العليا أن محكمة الموضوع أو الهيئة ذات الإختصاص هى وحدها المختصة بتقدير جدية الدفع بعدم الدسـتورية و أن الأمر بوقف الدعوى المنظورة أمامها و تحديد ميعاد لرفع الـدعوى بعـدم الدستورية جوازى لها و متروك لمطلق تقديرها .

[الطعن رقم١ – لسنـــــة ٥٥ق – تاريخ الجلسة ١٠ / ٠٣ / ١٩٨٨ – مكتب فني ٣٩]

لما كان الثابت من الأوراق أن محكمة جنح مركز طنطا قد أصدرت حكمها بتاريخ .... بعدم إختصاصها نوعياً بنظر الدعوى . و أصبح هذا الحكم نهائياً بعدم الطعن عليه . فإنها تكون قد إستنفدت ولايتها فى النظر فيها – و لا يجوز لها من بعد التصدى لموضوعها من جديد . طالما أن الحكـم بعدم الإختصاص لا يزال قائماً و لم يلغ بالطرق المقررة فى القانون لما كان ذلك و كان الحكم المطعون فيه قد رد الدفع بما لا يحمله قانوناً . و من ثـم فإنه يتعين إلغاؤه و القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها . و من ثم يصبح الأمر من بعد معلقاً على طلب النيابة العامة عرض الأمر على المحكمة الدستورية العليا إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قانون

هذه المحكمة بوصف أن صدر بشأن هذه الدعوى حكمين سلبيين بعدم الإختصاص . أحدهما من جهة القضاء العادى و الآخر من جهة القضاء العسكرى بإعتبار أن جحد النيابة العسكرية لإختصاصها يعد من قبيل الحكم بعدم الإختصاص .

[الطعن رقم٤٤٠ – لسنة ٥٩ق – تاريخ الجلسة ١٢ / ١١ / ١٩٩٠ – مكتب فني ٤١]

لما كان الثابت أن الحكم المطعون فيه الصادر بإلغاء الحكم المستأنف فيها قضى به من ادانه المطعون ضده وببراءته من المتهمة المسندة إليه قد تساند فى قضائه إلى أن الآذن الصادر من النيابة لرجال مصلحة الجمارك بتفتيش المحلات والمخازن الخاصة بالمطعون ضده قد صدر قبل تقديم طلب من جهة الاختصاص ورتب على ذلك بطلان الأذن وما ترتب عليه من آثار ، وكان البين من نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ مكررا من القانون ٦٦ لسنه ١٩٦٣ المعدل بالقانون ٧٥ لسنه ١٩٨٠ أن الشارع لم يشترط صدور طلب من وزير المالية أو من ينيبه إلا بالنسبة لرفع الدعوى الجنائية دون الإجراءات السابقة على ذلك، وهو ما كان يؤذن بنقض الحكم المطعون فيه للخطأ فى تطبيق القانون

---- ٢ ----

لما كانت المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت حكمها فى الدعوى

رقم ١٣ لسنه ١٢ ق دستورية بتاريخ ٢ من فبراير سنه ١٩٩٢ والمنشــور بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠ من فبراير ١٩٩٢ بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من قانون الجمارك بادى الذكر وذلك فيمـا تضــمنه مــن افتراض العلم بالتهريب إذا لم يقدم من وجدت فى حيازته البضائع الأجنبيــة بقصد الاتجار المستندات الدالة على انها قد سددت عنها الضرائب الجمركية المقررة ، وكانت المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنه ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا قد نصت على ان " أحكام المحكمة فــى الــدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع ســلطات الدولــة وللكافــة _.. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحه عدم جواز تطبيقة من اليوم التالى لنشر الحكم فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقــا بــنص جنائى، تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كــأن لــم تكن _."ومؤدى ذلك ولازمة إهدار القرينة القانونية على العلم بالتهريب التى قام اتهام المطعون ضده على أساسها لما كان ذلك وكان المــدعى بــالحقوق المدنية بصفته لا يدعى أن هناك دليلا آخر قبل المطعون ضده يثبت فى حقه العلم بأن البضائع الأجنبية المضبوطة بحوزته مهربة، فإنه يتعــين التقريــر بانتفاء الجدوى من نقض التقرير بانتفاء الجدوى من نقض الحكم المطعــون فيه والقاضى ببراءة المطعون ضده من التهمة المسندة إليه وهو مما يفصـــح عن عدم قبول الطعن موضوعا .

[الطعن رقم٣٩٦ – لسنـــــة ٦٠ق – تاريخ الجلسة ٣١ / ١٠ / ١٩٩٤ – مكتب فني ٤٥]

لما كانت المادة الخامسة مكرراً من قرار رئيس الجمهورية بالقانون

رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ قد أوجبت على المطلق أن يعلن مطلقته بوقوع الطلاق الواقع فى غيبتها و بإعلان على يد محضر لشخصها أو فى محل إقامتهـا و قضت على عقابه فى حالة المخالفة بالعقوبة الواردة بالمادة ٢٣ مكرراً مـن ذات القانون سالف البيان – إلا أنه بعد صدور الحكم المطعون فيه – قضت المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٨ لسـنة ٢ ق " دسـتورية " و بتاريخ ٤ من مايو سنة ١٩٨٥ بعدم دستورية القرار بقانون ٤٤ سنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية و تم نشـر الحكـم بالجريـدة الرسمية فى ١٦ من مايو سنة ١٩٨٥ و أنه لما كان ذلك و كانت المادة ٤٩ من القانون ٤٨ سنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليـا . قـد نصت فى فقرتها الرابعة على أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائى تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة إستناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن . و على ذلك فإن الحكم الصادر من المحكمـة الدسـتورية العليـا . بعـدم دستورية القرار بقانون ٤٤ سنة ١٩٧٩ و من بين أحكامه الـنص الـذى – عوقب الطاعن بمقتضاه – يعد غير دستورى و من ثم فإنه بإنكـار القيمـة القانونية لنص التجريم يتجرد من الوجود القانونى فلا يكون الفعـل مؤثمـاً جنائياً .

[الطعن رقم٣٠٠ – لسنـــة ٥٨ق – تاريخ الجلسة ٢٠ / ٠٢ / ١٩٨٩ – مكتب فني ٤٠]

ب– التشريع العادي :

نعني بالتشريع العادي : النصوص القانونية التي يصدرها البرلمان ، أو رئيس الجمهورية بناء على تفويض أو نتيجة لحالة الطوارئ أو نتيجة إعلان الأحكام العرفية ، وتتخذ صورة قرارات لها قوة القانون .

ويعد التشريع العادي في مرتبة أعلى من اللائحة والتي تصدرها السلطة التنفيذية ، وأدنى من الدستور فهو في مركز وسط لا ينبغي لـه أن يخـالف أحكام الدستور ، وفي الوقت نفسه يقيد السلطة التنفيذية لدى إصدارها للوائح إذ يتعين عليها التقيد بأحكام التشريع العادي وإلا اعتبرت غيـر مشـروعة ويتعين على القاضي الامتناع عن تطبيقها [١].

ويحتل القرار الجمهوري بقوة القانون نفس المرتبة التي يحتلها التشريع الذي يصدره مجلس الشعب ، وعليه فإنه من المتصور أن يصدر بالمخالفـة لأحكام القوانين الصادرة من مجلس الشعب (بالطبع دون مخالفـة لأحكـام الدستور) وفي نفس الوقت يقيد السلطة التنفيذية لدى إصدار اللوائح .

واللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية تعد هي الأخرى مصدر رئيسي للقواعد الجنائية بشرط التقيد بالدستور وبالقوانين التي يصـدرها البرلمـان وبالقرارات الجمهورية بقوة القانون ، فاللوائح فـي مرتبـة أدنـى بالنسـبة للمصادر الرئيسية للقاعدة الجنائية وبالطبع تقيد القاضي لدى تطبيقه لهـا إذ يتعين عليه الالتزام بأحكام اللائحة ما دامت لا تتعارض مع أحكام الدسـتور أو التشريع العادي .

---

(١) الهامش السابق ، ص٨٣ – نقض ١٩٦٥/٥/١٧ م.أ.ن. ، س١٦ رقم ٩٥ ص٤٧١ .

٢- المصادر الثانوية :

يمكننا تقسيم المصادر الثانوية إلى مصادر مكتوبة ، وأخرى غير مكتوبة .

أ- المصادر المكتوبة :

تتجسد المصادر المكتوبة في كافة فروع القوانين الأخرى وكذلك في القانون الأجنبي .

التشريعات الوطنية : ومن أمثلة ذلك :

القانون المدني : فقد يحيل قانون العقوبات إليه في تحديده لبعض عناصر الجريمة ، ومن أمثلة ذلك مفهوم الملكية كأحد عناصر جريمة السرقة . إذ يشترط القانون في جريمة السرقة أن تقع على ملكية الغير فتحديد ما إذ كان الشيء محل الاختلاس مملوكاً للغير يتوقف على عناصر وشروط الملكية المحددة في القانون المدني .

وكذلك القانون الإداري فإن القانون الجنائي يحيل إليه لدى تحديده مفهوم الموظف الفعلي في بعض الجرائم ، وكذلك لدى تحديده لواجبات المرؤوس تجاه رئيسه لدى تناوله لحالة استعمال السلطة وأداء الواجب كإحدى حالات الإباحة .

والقانون الدولي العام حيث يحيل إليه قانون العقوبات في بعض القواعد الدولية لدى تناوله للجرائم الدولية ولأحكام تسليم المجرمين والحصانات الدولية .

ويتضح لنا من الأمثلة السابقة دور كافة فروع القانون في التأثير على أحكام قانون العقوبات ، ومن ثم تعتبر هذه القوانين مصادر ثانوية للقاعدة الجنائية . واعتبارنا كونها مصادر ثانوية إنما يرجع إلى كون المشرع الجنائي يملك التصدى لهذه الموضوعات بنفسه دون إحالة إلى هذه القوانين كما فعل لدى تحديده لمفهوم الموظف العام في جرائم الرشوة والاختلاس ، وكذلك لدى تحديده لمفهوم المنقول في جريمة السرقة ، وذلك على عكس المصادر الرئيسية حيث يلزم المشرع الجنائي التقيد بأحكام المصدر الرئيسي الذي يعلوه .

التشريعات الأجنبية :

الأصل كما أوضحنا سابقا أن القانون الأجنبي لا حجية له أمام القضاء الوطني ، إلا أنه في بعض الأحيان وعلى سبيل الاستثناء يحيل قانون العقوبات صراحة أو ضمنياً إلى القانون الأجنبي لتكملة أحكامه ، ومن أمثلة ذلك إحالة قانون العقوبات إلى القانون الأجنبي في مسألة تطبيق مبدأ شخصية القانون الجنائي إذ اشترطت المادة ٣ع كي يعاقب المصري على ما

ارتكبته يداه في الخارج أن تكون جريمته وفقاً للقانون المصري مجرمة في قانون الدولة صاحبة الإقليم الذي ارتكبت فيه الجريمة [١].

ب- المصادر غير المكتوبة :

تقتصر مصادر قانون العقوبات على المصادر المكتوبة والسابق لنا الوقوف عليها . وهو بذلك يختلف عن كافة فروع القانون الأخرى التي تعتبر المصادر غير المكتوبة من مصادرها ، فالقانون المدني يعتبر الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من المصادر التي يجب على القاضي المدني الرجوع إليها إذا أعوزه النص المكتوب ، وهو ما عبرت عنه المادة الأولى من القانون المدني .

وفي ضوء ما سبق فإن القاضي الجنائي إذا ما أعوزه النص المكتوب تعين عليه الحكم بالبراءة مهما كانت الواقعة المنظورة أمامه مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو للعرف أو لمبادئ القانون الطبيعي أو لقواعد العدالة ، وذلك تطبيقا لمبدأ الشرعية الجنائية ذات القوة الدستورية .

وإذا كان العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليس لها دور أساسي فليس معنى ذلك انعدام أي دور لها كلية وهو ما سوف نوضحه فيما يلي :

---

(١) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٢٠١ .

العرف : ويعني التكرار المستمر المتماثل لسلوك معين مع الاقتناع بضرورته وإلزامه القانوني [١].

والقواعد العرفية على أربعة أنواع : فهي إما منشئة للقانون أو ملغية ، أو مكملة أو مفسرة له ، وتكون القاعدة العرفية منشأة متى نظمت علاقة لم يتناولها المشرع بنص قانوني مكتوب . ولا مجال لهذه النوعية في قانون العقوبات ، إذ لا يمكن أن يكون للعرف دور في تكوين قاعدة تجريمية جديدة .

بينما تعد القاعدة العرفية ملغية للقانون متى اعتاد الناس على سلوك معين مخالف للقانون دون أن يمتد إليهم سيف العدالة بتوقيع الجزاء ، وهذه النوعية لا وجود لها في المجال الجنائي أيضا إذ تظل القاعدة الجنائية سارية ما لم تلغ صراحة أو ضمنيا بتشريع جديد . وليس معنى ذلك تجرد هذه القاعدة من أي أثر إذ تعد بمثابة قرينة للمشرع على أى قاعدة جنائية معينة لم تعد تتجاوب مع احتياجات المجتمع مما قد يدفعه إلى إلغائها [٢].

كما قد تكون القاعدة العرفية مكملة ، ونعني بها تلك التي يحيل المشرع إليها في تحديد عناصر الواقعة الخطر فيه ، أو أسباب الإباحة . ومن الأمثلة على دور العرف في تحديد عناصر الواقعة الإجرامية المادة ٢٧٨ ع لنصها

---

(١) د. يسرا نور على ، المرجع السابق ، ٩٤ .

(٢) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٢٠٣ .

على "يعاقب كل من ارتكب علانية فعلا فاضحا مخلاً بالحياء" وفقهـا لهـذا النص فإن تحديد مدلول "الإخلال بالحياء" يتم وفقاً للعرف .

كما يلعب العرف دورا ملحوظاً في استيفاء العقاب أو تخفيفه ، ويرجـع ذلك إلى أن الأصل في الأشياء الإباحة ، وعليه فإن النص المكتوب لا يكون متطلباً إلا في حالة الخروج على ذلك الأصل (التجريم والعقاب) ، بينمـا إذا أريد العودة إلى الأصل بإباحة الفعل بعد تجريمه أمكن الاستناد إلى نص غير مكتوب ، ونفس المنطق يصدق في حالة تخفيف العقاب . ولا ينطوي ذلـك الدور المعترف به للعرف على تعارض مع مبدأ الشرعية الجنائيـة نظـراً لتعلقه بالتجريم والعقاب وليس بالإباحة أو تخفيف العقاب [١].

وأخيراً قد يلعب العرف دور تفسيري للقاعدة الجنائية فقط إذ قد يسـتند إليه في تحديد معنى الألفاظ المرنة التي يستعملها المشرع الجنائي كالشـرف والاعتبار والآداب العامة والليل .

القانون الطبيعي :

نعني به مجموعة القواعد والمثل العليا الدائمة والصالحة لكـل زمـان ومكان ، والنابعة من الطبيعة الإنسانية . ولا يعد القانون الطبيعي مصـدراً مباشراً أو رئيسياً للقاعدة الجنائية ، وكل ما له من دور لا يتعدى كونه دوراً

---

(١) د. يسرا نور علي ، المرجع السابق ، ص١٠٠ .

ثانوياً إذ يمكن الاستناد إليه في تفسير القواعد الجنائية وحتى هذا الدور مقيد بروح التشريع الوضعي ذاته [١].

المطلب الثاني

التشريع الإسلامي

تستمد الشريعة الإسلامية أهميتها القانونية (دون إغفال لأهميتها الدينية والدنيوية في شتى المجالات) من نص المادة ٢ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع (قوانين – قرارات لها قوة القانون – لوائح) .

وأحكام الشريعة الإسلامية تستمد من مصادر أربعة : القرآن الكريم ، السنة النبوية الشريفة ، الإجماع ، وأخيراً القياس . ويمكننا تقسيم هذه المصادر الأربعة إلى قسمين ، الأول نستعرض فيه المصادر الرئيسية وهي : القرآن الكريم ، والسنة النبوية الشريفة ، والثاني نستعرض فيه المصادر الثانوية وهي : القياس ، والإجماع .

١- المصادر الرئيسية :

تستمد الشريعة الإسلامية أحكامها من مصدرين رئيسيين هما القرآن والسنة .

---

(١) د. علي القهوجي ، المرجع السابق ، ص٥٢ .

أ- القرآن الكريم :

القرآن الكريم هو كتاب الله المنزل على رسوله سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، وهو المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس .

وما يميز القرآن الكريم أن نصوصه قطعية نظراً لأنه نقل إلينا عن طريق التواتر كتابة ومشافهة . والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود ، فمن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول الكريم كما أنزلت عليه من المولى عز وجل بطريق الوحي (سيدنا جبريل عليه السلام) .

وقد كتب القرآن الكريم عن الرسول عليه أفضل الصلاة والسلام جماعة من كتاب الوحي ، وحفظه جماعة من الصحابة لا يمكن أن يتواطئوا على الكذب ، ونقله عن هذه الجموع جموع أخرى فلم يختلفوا في حرف واحد أو في لفظ [١] مصداقاً لقوله عز وجل " إنا نحن نزلنا الذكر و إنا له لحافظون " .

حجية القرآن : القرآن الكريم حجة علي كل مسلم ومسلمة ، وأحكامه واجبة الاتباع أيا كان نوعها . وتتميز أحكام الشريعة الإسلامية بأن كل حكم فيها يترتب على مخالفته جزاءان : دنيوي وآخر أخروي ، فإذ نظرنا إلى

---

(١) الأستاذ / عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، جـ١ ص١١٥ .

السرقة مثلاً لوجدنا أن عقابها في الدنيا قطع اليد ، وفـي الآخـرة العـذاب الأليم ، وهكذا جميع الحدود والقصاص .

ومما يميز الشريعة الإسلامية أيضاً أن أحكامها لا تتجـزأ ولا تقبـل الانفصال ، وذلك لأن التجزئه تخالف الغرض من الشريعة ، فضلا عـن أن نصوص الشريعة نفسها تحول دون ذلك وتوجب العمل بكل أحكامها والإيمان إيماناً تاماً بكل ما جاءت به وذلك لقوله تعالى " أفتؤمنون بـبعض الكتـاب وتكفرون ببعض ، فما جزاء من يفعل ذلك منكم في الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب " [١].

ب- السنة النبوية :

السنة النبوية الشريفة هي كل ما نقل عن الرسول صلى الله عليه وسـلم من قول أو فعل أو تقرير ، لذلك فالسنة على أنواع ثلاثة :

السنة القولية :

وتشمل جميع الأحاديث التي قالها الرسول الكريم في مختلف المناسبات ، ومن أمثلتها قوله عليه الصلاة والسلام في عقوبة الزاني البكر "البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام" وقوله في حد الخمر "من شرب الخمر فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه" .

السنة الفعلية :

ونعني بها أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بشاهد واحد ويمـــين المدعي ، ومثل قوله "صلوا كما رأيتموني أصلي" .

السنة التقريرية :

ونعني بها كل ما صدر عن بعض أصحاب الرسول الكريم من أقوال أو أفعال أقرها الرسول الكريم بسكوته ، وعدم إنكاره ، أو بموافقتـــه وإظهـــار استحسانه ، فيعتبر عمل الصحابي أو قوله بعد أن أقره الرسول عليه الصلاة والسلام كأنه صادر عن الرسول نفسه . ومن أمثلته أن النبي عليه الصـــلاة والسلام عندما بعث معاذ إلى اليمن سأله بم تقضي ؟ قال : أقضـــي بكتـــاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد اجتهد برأيي ، فأقره الرسول على ذلك حيث قال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضـــى الله ورسوله .

علاقة القرآن بالسنة :

السنة هي المصدر الثاني للشريعة الإسلامية بعـــد القـــرآن الكـــريم ولا يتعدى دور السنة النبوية أو علاقتها بالشريعة عن أربعة أدوار :-

١- إما أن تكون سنة تقرر وتؤكد ما جاء بالقرآن الكريم ، وعليه يكون الحكم مرجعه القرآن والسنة معاً ومن الأمثلة على ذلك : جرائم الحـــدود إذ ورد تجريمها في القرآن والسنة معا .

---

(١) الآية رقم ٨٥ سورة البقرة ، راجع أيضاً الآيات ، ١٥٩ : ١٦٠ ، ١٧٤ : ١٧٥ سورة البقرة .

٢- وإما أن تكون سنة مفصلة ومفسرة حكما جاء بالقرآن الكريم جملة مثل قوله تعالى "وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم" . وتصديقاً لذلك نجد الرسول الكريم يوضح لنا كيفية الصلاة فيقول "صلوا كما رأيتموني أصلي" فالقرآن الكريم فرض الصلاة على المسلمين والسنة أوضحت لنا كيفية الصلاة .

٣- وإما أن تكون سنة مقيدة أو مخصصة لما أطلقه القرآن الكريم مثل تحريم السنة ميراث القاتل وذلك بعد أن ورد في القرآن الكريم قواعد الميراث ، ومثل قول الرسول الكريم "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" ، وكذلك تحريم الرسول للذهب والحرير بالنسبة للرجال دون النساء.

٤- وأخيراً قد تكون سنة مكملة لما ورد في القرآن الكريم .

حجية السنة النبوية الشريفة :

السنة النبوية الشريفة ذات حجة ملزمة للمسلمين ومصدراً تشريعيا واجب الاتباع سواء كانت قطعية الورود أو ظنية الورود ، فالقرآن الكريم نص على ذلك لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله وإلى الرسول" [١].

٢- المصادر الثانوية :

وتشمل الإجماع والقياس وهو ما سوف نستعرضه فيما يلي :

---

(١) الآية رقم ٥٩ سورة النساء ، وانظر أيضاً الآيات ٦٤ ، ٨٠ ، ٨٣ من سورة النساء ، والآيتان ٣١ : ٣٢ من سورة آل عمران .

أ- الإجماع :

نعني بالإجماع اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي .

حجية الإجماع :

إذا أجمع الفقه الإسلامي على حكم شرعي معين في مسألة من المسائل أصبح هذا الحكم واجب الاتباع ، واعتبر الإجماع دليلاً قطعياً ، بينما إذا كان الحكم صادراً عن الأغلبية وليس الإجماع اعتبر دليلاً ظنياً وليس قطعياً ، وعليه يصبح جوازياً الآخذ به وليس وجوبياً إلا إذا قرر ولي الأمر اتباعه فإنه يصبح في هذه الحالة واجب الاتباع .

وتستند حجية الإجماع ووجوبيته إلى القرآن الكريم والسنة النبوية فهو إذا كان مصدراً للشريعة الإسلامية بعد القرآن والسنة فإن تلك المنزلة مستمدة من القرآن والسنة نفسهما وذلك لقوله سبحانه وتعالى "ولو ردوه إلى الرسول وأولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم" (١) ويقصد بأولى الأمر هنا العلماء والحكام معاً ، ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم أيضاً "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن" .

ب- القياس :

---

(١) الآية ٨٣ سورة النساء .

نعني بالقياس هو إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص في الحكم الشـــرعي المنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم .

حجية القياس :

على خلاف المصادر الثلاثة السابقة فإن القياس محل جدل فقهي حـــول مدى الاعتداد به في الجرائم والعقوبات ، ويمكننا التمييز بين اتجاهين للفقه :

الاتجاه الأول : يرى جواز القياس في الجرائم والعقوبات ، ويستند فـــي ذلك إلى حجتين ، الأولى : إقرار الرسول عليه الصلاة والسلام للقياس وذلك حين سأل معاذا بم تقضي ؟ قال أقضي بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد برأيي ، وأقره الرسول عليه الصلاة والســـلام علـــى قوله "أجتهد برأيي" ونظرا لأن هذا التعبير مطلق فدل ذلك على جواز القياس في الجرائم والعقوبات .

والثانية أن الصحابة في واقعة شرب الخمر تشاوروا حول جزاء شارب الخمر ، فقال سيدنا علي بن أبي طالب ، أنه إذا شرب ســكر ، وإذا ســكر هذى ، وإذا هذى افترى ، فحدوه حد المفتري . في هذه الواقعة استنبط سيدنا علي جزاء شارب الخمر على هدي حد القذف ولم ينكره الصحابة فأصـــبح إجماعاً .

الاتجاه الثاني : ويرى عدم جواز القيـــاس فـــي الجـــرائم والعقوبـــات ويستندون في ذلك إلى حجج ثلاثة :

الأولى : أن الحدود والكفارات من الأمور المقدرة التي لا يمكن تعقل المعني الموجب لتقديرها ، ومن ثم لا يمكن القياس عليها نظراً لتعذر تعقل علتها والتي هي أساس القياس .

الثانية : أن القياس فيه احتمال الخطأ ، والحدود تدرأ بالشبهات ومن ثم لا يجوز القياس في الحدود .

الثالثة : أن العديد من أحكام الشريعة لا تسير على نهج القياس ، فالشريعة مثلاً أوجبت الكفارة في الظهار لكونه منكراً وزوراً ولم توجبه في الردة ، مع أنها أشد في المنكر وقول الزور من الظهار .

وإننا لنرى جواز القياس في الجرائم والعقوبات ، ولكن ليس بإثبات أحكام جديدة ، أو خلق جرائم جديدة ، وإنما يقتصر دوره على تعيين الأفعال التي تدخل تحت النص فهو مصدر تفسيري وليس تشريعي [١].

وبعد أن استعرضنا مصادر الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للقاعدة الجنائية تتبقى أمامنا مسألة مدى رقابة القضاء الدستوري لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ؟ وما هي الحدود التي تعتبر فيها الشريعة الإسلامية مصدرا لقانون العقوبات سواء من ناحية التجريم أو الإباحة ؟

رقابة القضاء الدستوري لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية :

الحقيقة أن تحديد دور الشريعة الإسلامية في التجريم والإباحة مسألة

شائكة خاصة فيما يتعلق بالتجريم إذ أن نصوص قانون العقوبات واضحة في إفراد دور مباشر للشريعة الإسلامية في الإباحة ، وتستند في ذلك إلى نص المادتين ٧ ، ٦٠ ع حيث تنص المادة ٧ على أنه " يجب ألا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق المقررة في الشريعة الغراء " . كما تنص المادة ٦٠ على أنه " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة " إذ لا يشترط أن تستند الإباحة إلى نص في القانون ، وإنما يجوز أن تكون قواعد الشريعة الإسلامية أو العرف مصدراً لها . وبناء على ذلك استقر الفقه والقضاء على الاعتراف بحق الزوج في تأديب زوجته وحق الوالدين في تأديب ابنهما القاصر استنادا إلى قواعد الشريعة الإسلامية [٢].

بينما بالنسبة للتجريم والعقاب نعترف كما ذكرت آنفاً أن الإجابة على هذا التساؤل شائكة ، فهناك الأغلبية من الفقه والقضاء تذهب إلى أن دور الشريعة لا يتعدى كونه مجرد توجيه للمشرع بضرورة مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية عند سنه القواعد القانونية الجنائية دون أحقية القاضي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة متى كانت متعارضة مع القواعد القانونية الجنائية .

وبترجمة ذلك القول عمليا فإن القاضي لا يمكنه أن يجرم واقعة الردة أو

---

(١) الأستاذ / عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص١٨٣ : ١٨٤ .

(٢) المؤلف : الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية ، ١٩٩٩ - المؤلف ، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه ، ١٩٩٨ .

شرب الخمر أو الزنا استناداً إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، وكذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم على السارق بقطع يده أو أن يحكم علـــى الزانـــي غيـــر المحصن بالجلد بدلا من العقوبات المقررة في التشريع الوضعي (العقوبـــات السالبة للحرية) . ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى مبدأ الشرعية الجنائية نظراً لما ينطوي عليه إقرار دور مباشر للشريعة الإســـلامية مـــن إهـــدار لمبـــدأ الشرعية الجنائية في شقيه التجريمي والجزائي .

والحقيقة أن المادة الثانية من الدستور والتي تنص علـــى أن الشـــريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتجريم تعني ضرورة أن يضع المشرع أحكـــام الشريعة نصب عينيه لدى إصداره لنصوص التجريم والعقاب . وإذا أصـــدر المشرع نصوص قانونية مخالفة لأحكام الشـــريعة الإســـلامية تعـــد غيـــر دستورية ، ومن ثم يتعين على القاضي عند فصله في واقعة تستوجب إحدى هذه القواعد المخالفة للشريعة الإسلامية أن يوقف الفصل في الدعوى ويحيل النص القانوني محل الشك في عدم دستوريته إلى المحكمة الدستورية العليـــا كي تفصل بعدم دستوريته ، أو أن يطلب من له مصلحة في ذلك من المحكمة التوقف عن الفصل في الدعوى وإحالـــة الـــنص القـــانوني إلـــى المحكمـــة الدستورية للفصل في مدى دستوريته . وإذا قضت المحكمة بعدم الدســـتورية اعتبر النص كأن لم يكن ، ويجد المشرع نفسه مضطرا إلى سن نصـــوص قانونية تتفق مع أحكام الشريعة .

وأما بخصوص عدم تجريم المشرع لوقائع تجرمها الشريعة فإن ســـلطة

القاضي منعدمة فى هذا الصدد إذ لا يملك القاضي الاستناد مباشرة إلى أحكام الشريعة ويجرم وقائع لم يجرمها المشرع الجنائي في صورة نصوص قانونية ، فمثلاً لا يملك القاضي أن يعاقب من لا يقوم بأداء الزكاة بالرغم من أنها أحد أركان الإسلام الخمسة ، كما لا يجوز له أن يجرم واقعة ارتكاب الفحشاء مع أنثى تزيد على ١٨ عاماً ، ودون رضاها على غير فراش الزوجية استنادا إلى أن الشريعة الإسلامية تجرم هذه الواقعة ، ولا يتبقى أمامنا سوى أن يناشد الفقه والرأي العام المشرع بضرورة تجريم الوقائع المنافية للأخلاق والمجرمة دينياً .

ولا نؤيد منح القاضي سلطة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة سواء التجريمية أو الجزائية ، فلابد أن تقنن أحكام الشريعة الإسلامية في صورة نصوص قانونية حتى يسهل للقاضي تطبيقها ، وحتى نتجنب الخلافات الفقهية التي تثور بصدد أحكام الشريعة إذ بتقنينها نكون قد استقرينا على الآراء الفقهية الراجحة ، وأخيراً حتى لا نخرج عن مبدأ الشرعية الجنائية .

المبحث الثالث

تفسير القاعدة الجنائية

من المسلم به أن لكل لفظ دلالته ، ولكل عبارة دلالتها ، ويترتب على ذلك أن النص الشرعي والمكون من ألفاظ وعبارات قد تكون له دلالة

واحدة ، وقد تكون له أكثر من دلالة ويستدل بالنص على دلالته .

والأصل أن تكون القاعدة الجنائية واضحة لا غموض فيها حتى يتسنى للمخاطبين بها فهم أحكامها والالتزام بها ، وللقاضي تطبيقها . ولكن يحدث أحياناً أن يسن المشرع قاعدة جنائية يكتنفها الغموض ، في هذه الحالة يتعين تجلية هذه القاعدة الجنائية من أي غموض يكتنفها حتى يسهل فهمها والتقيد بأحكامها وإلا تعذر تطبيقها فيما سنت من أجله وفشلت في تحقيق غاياتها ، وعليه يعد التفسير ضرورة حتمية نابعة من طبيعة تكوين القاعدة القانونية ، وما يتصف به من عمومية وتجريد [١].

وإزاء أهمية تفسير القاعدة الجنائية نلقي الضوء على تفسير القاعدة الجنائية سواء من حيث مفهومها ، أو أنواعها ، وأخيراً من حيث قواعد تفسيرها وذلك من خلال مطلبين هما :

المطلب الأول

ماهية التفسير وأنواعه

تفسير القاعدة الجنائية ماذا يعني ؟ وما هي أنواعه ؟ هذا ما سوف نوضحه فيما يلي :

١- ماهية التفسير :

يقصد بالتفسير تحديد المعنى الذي يقصده الشارع من ألفاظ لجعله صالحا

---

(١) د. يسر انور علي ، المرجع السابق ، ص١١٨ .

للتطبيق على وقائع الحياة [١] فالمشرع عند سنه للقاعدة الجنائيــة يســتهدف تنظيم قانوني لموضوع معين ، وعن طريق التفسير تحلــل ألفــاظ القاعــدة الجنائية ، ويكشف عن مدلولها ، بغية جعل النص صالحاً للتطبيق وفقا لمــا أراده الشارع [٢].

طبيعة التفسير : التفسير هل له طبيعة منشئة أم معلنة ؟ اختلــف الفقــه فالبعض يرى أن للتفسير طبيعة منشئة . ويستند هذا الاتجاه إلى أن القاضي يخلق القانون الذي يطبقه على الواقعة المعروضة أمامه ، ولا تتعدى القاعدة القانونية كونها مجرد أداة توجيه له تعاونــه علــى الملائمــة مــع تطــور الأحداث [٣].

بينما ذهب البعض الآخر للقول بأن التفسير طبيعة معلنة إذ يقتصر دور القاضي لدى تفسيره للقاعدة القانونية على البحث في مضمونها والكشف عن أبعادها دون إضافة قيم جديدة إليها [٤].

والحقيقة أن التفسير لا يتعدى كونه مجرد كاشف عن قصد المشرع من القاعدة الجنائية دون أن يكون له أي دور خلاق ، وإلا اعتبرنا التفسير فــي ضوء الرأي الأول مصدراً للقانون وهو ما لم يذهب إليــه أحــد ولا يمكــن

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٧٨.

(٢) المحكمة الدستورية العليا ، في ١٩٩٣/١/٣٠ (غير منشور) .

(٣) د. يسرا نور علي ، المرجع السابق ، ص١١٩ .

(٤) الهامش السابق ، ص١٢٠ . حكم الإدارية العليا ١٩٩٣/٥/٢٣ (غير منشور) .

قبوله ، فخلق القاعدة القانونية قاصر على المشرع دون غيره ، بينما مهمة القاضي تقتصر على تطبيق القاعدة الجنائية دون خلقها أو وضع إضافات لها .

٢- أنواع التفسير :

تختلف أنواع التفسير باختلاف الزاوية التي ننظر إليها منها ، فإذا نظرنا إلى الجهة المناط بها التفسير لاستطعنا التمييز بين أنواع ثلاثة للتفسير : تفسير تشريعي ، وتفسير قضائي ، وتفسير فقهي .

وإذا نظرنا إلى وسيلة التفسير لأمكننا التمييز بين نوعين تفسير لغوي ، وآخر منطقي ، بينما إذا نظرنا إلى نتيجة التفسير فإن هناك أنواع ثلاثة ، تفسير مقرر ، وتفسير مقيد ، وآخر واسع . وسوف نتناول أنواع التفسير هذه من زواياها الثلاثة :

أ- جهة التفسير :

تفسير القاعدة الجنائية قد يتم من قبل المشرع ، أو من قبل القاضي أو من قبل الفقهاء ، لذلك فنحن بصدد أنواع ثلاثة للتفسير إذا نظرنا إليه من زاوية الجهة المناط بها التفسير .

التفسير التشريعي :

يتم التفسير التشريعي من نفس الجهة مصدر القاعدة الجنائية وذلك إذا

شعر المشرع نفسه بغموض النص الذي أصدره فيتدخل مصدراً نصاً آخـــر يفسر به ما يكتنف النص السابق من غموض ، وتعـــرف هـــذه النصـــوص بالقواعد التفسيرية تمييزاً لها عن القواعد التجريمية أو الجزائية .

والتفسير التشريعي ليس حكراً على الجهة مصدرة الـــنص التشـــريعي الغامض فقد يتم بواسطة المحكمة الدستورية العليا [١] وذلك بموجب المـــادة ٢٦ من الق رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والتي تنص علـــى أن تتـــولى المحكمـــة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من الســـلطة التشـــريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهميـــة مـــا يقتضـــي توحيـــد تفسيرها ، كما تنص المادة ٣٣ من نفس القانون على أن : يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الـــوزراء أو رئـــيس مجلـــس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

والمشرع ليس حراً لدى تفسيره لما أصدره من قواعد قانونية إذ بالرغم من كونه هو مصدر القاعدتين إلا أنه يتقيد في تفسيره للقاعدة التي يكتنفهـــا الغموض بألا يخرج على نصوص التشريع الأصلي ومقاصده ، ويرجع ذلك القيد لطبيعة القاعدة التفسيرية إذ لا يتعدى كونها قاعدة كاشفة وليست منشـــأة إذ يعمل بالتفسير من تاريخ صدور القاعدة القانونية الأصلية (محل التفسير) .

---

(١) أحمد فتحى سرور ، الشرعية الدستورية ، المرجع السابق ، صـــ ٢٧ .

ويتم التفسير التشريعي بنوعيه بكونه ملزم للجهات المناط بهـا تطبيـق القانون أو بتنفيذه (السلطة القضائية والسلطة التنفيذية) إذ لا يجوز للقضـاء الخروج عن التفسير التشريعي لدى تطبيقه للقاعدة القانونية محـل التفسـير التشريعي ، ونفس القول ينطبق على السلطة التنفيذية لدى تنفيذها لذلك النص القانوني . فالتفسير يستمد قوته من قوة النص المفسر .

وإذا كان التفسير التشريعي ملزم فهل هذه القوة الإلزامية قاصرة علـى التفسير التشريعي الذي تقيد بنصوص التشريع الأصلي ومقاصده ؟ نقول كما أوضحنا سابقا الأصل أن يتقيد المشرع لدى تفسيره للنص الغامض بنصوصه ومقاصده . لكن إذا حدث أن تعدى المشرع نصوص ومقاصد النص الغامض (محل التفسير) فإن التفسير هنا لم يعد مجرد كاشف ، وإنما أصبح لـه دور إنشائي . الأمر الذي يخرج به عن مجرد كونه تفسيري ، وهنا يتعين التفرقة بين تفسير المشرع وتفسير المحكمة الدستورية .

إذا كان المشرع هو المفسر فإن هذا الخروج لا يفقده القـوة الإلزاميـة نظراً لأن جميع القواعد القانونية على اختلاف أنواعها ملزمة للمخاطبين بها ، بينما إذا كانت المحكمة الدستورية العليا هي المفسرة فإن هذا الخروج يفقده القوة الإلزامية لأن بإقرار هذه القوة لمثل ذلك التفسير مـن شـأنه تخويـل المحكمة سلطة تشريعية (سن التشريعات) وهو ما يخرج عن اختصاصاتها .

وإذا كان خروج المشرع على نصوص التشريع الأصلي ومقاصده لدى تفسيره لا يخل بقوة التفسير الإلزامية متى كان صادراً من مصـدر الـنص

المفسر نفسه ، فما فائدة هذا القيد إذن ؟ إن النصوص التفسيرية تسري من تاريخ صدور القاعدة محل التفسير ، وليس من تاريخ صدور التفسير نفسه ، أي أنه يسري بأثر رجعي طالما كان مجرد نص كاشف ، بينما إذا تعدى ذلك القيد فإنه لا يسري من تاريخ صدور النص الأصلي وإنما من تاريخ صدور التفسير نظراً لأنه أصبح بهذا الخروج نص منشأ وليس كاشف [١]. وإن كانت هذه الأهمية الوحيدة محل تعارض من بعض الفقه حيث يعترض هؤلاء على الأثر الرجعي للتفسير ليسري من تاريخ صدور النص المفسر إذا تعلق الأمر بتفسير قاعدة جنائية وكان يترتب وضعاً أسوأ للمتهم لما في ذلك القول من خروج على مبدأ الشرعية الجنائية .

والحقيقة أن هذا الاعتراض له وجاهته إذ يتعين متى نجم عن التفسير وضع أسوأ للمتهم عدم تطبيقه من تاريخ صدور النص المفسر وإنما يتعين تطبيقه من تاريخ صدور النص الأصلى وذلك تقيداً بمبدأ الشرعية الجنائية ، والتزاماً بقاعدة عدم جواز رجعية القوانين الجنائية الأسوأ للمتهم [٢].

ومن أمثلة التفسير التشريعي : تفسير المادة (٨٥ أ. ع.) ، المقصود بكلمة "البلاد" الواردة في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات بأنها تعني "الأراضي التي للدولة المصرية عليها سيادة أو سلطان" وكذلك تفسير المادة ١٠٢ (أ) ع لكلمة "المفرقعات" الواردة بالفقرة الأولى من نفس المادة إذ

(١) نقض ١٩٥٩/٢/٢ م أ.ت.س.١ق رقم ٩٩ ص١٢٧ .

(٢) د. عبد الرؤوف مهدي ، المرجع السابق ، ص١١٠ .

فسرتها بأنها كل مادة تدخل في تركيبها ويصدر بتحديدها قرار من وزير الداخلية وكذلك الأجهزة والآلات والأدوات التي تستخدم في صنعها أو انفجارها [١].

التفسير القضائي :

نعني بالتفسير القضائي : ذلك الذي تتولاه المحاكم وهي في معرض الفصل في دعوى معينة للتعرف على قصد المشرع بغية التوصل إلى تطبيق النص على الواقعة المطروحة أو عدم تطبيقه .

وليس للتفسير القضائي قوة إلزامية عامة إذ تقتصر قوته على الواقعة التي تقرر لأجلها دون غيرها من الوقائع الأخرى ، ولو تطلبت تطبيق نفس المادة السابق تفسيرها ولو كانت نفس المحكمة مصدرة التفسير السابق هي التي تطبق ذات النص السابق تفسيره ، والأكثر من ذلك ولو كان التفسير صادراً من محكمة عليا (محكمة النقض) وإن كان من الممكن أن يكون لتفسير محكمة النقض التزام أدبي وليس قانوني ، إلا أننا لا نعير الالتزام الأدبي أي اعتبار [٢].

ومن أمثلة التفسير القضائي تفسير القضاء لكلمة "الليل" التي وردت في نصوص عديدة من نصوص قانون العقوبات كظرف مشدد للعديد من الجرائم

---

(١) انظر أيضاً ١١٩ (ب) تفسير المشرع لكلمة "الأموال العامة" وكذلك تفسير المشرع للمادة ٨٥ خاصة كلمة "أسرار الدفاع" .

(٢) د. يسرا نور علي ، المرجع السابق ، ص١٢١ .

مثل السرقة ، ودون أن يتدخل المشرع ليوضح لنا المقصود بالليل هل الليل الطبيعي أم الفلكي ، وقد انتهى القضاء في مصر إلى أن المقصود بالليل : هو الليل الفلكي وليس الليل الطبيعي . ومن الأمثلة أيضاً على التفسير القضائي تفسيره لكلمة "السلاح" والتي وردت في أكثر من نص قانوني في قانون العقوبات باعتباره ظرف مشدد في جرائم السرقة والسطو وغيرها ، وقد استقر تفسير القضاء لها على أنها تعني السلاح بطبيعته ، وهو ما أعد في الأصل للاعتداء على النفس مثل البنادق والطبنجات والسيوف والحراب والملاكم الحديدية ، كما تعني أيضاً السلاح بالتخصيص وهو ما لم يعد في الأصل للاعتداء به على النفس . ولكن يمكن استخدامه في مثل ذلك مثل السكاكين والسواطير والبلط والعصي [١].

التفسير الفقهي :

نعني بالتفسير الفقهي ذلك الذي يتولاه فقهاء القانون الجنائي بغية الكشف عن قصد المشرع من نص معين .

وهذا التفسير ليس له قوة إلزامية على غرار التفسير القضائي وعلى نقيض التفسير التشريعي ، ولكن ليس معنى ذلك انعدام أي أثر له إذ غالبا ما يكون له تأثير على كل من التفسير القضائي والتشريعي ، وغالباً ما يستعين به القضاء في إصدار الأحكام ، وكذلك قد يستعين به المشرع في تفسيره

---

(١) د. عبد العظيم وزير ، المرجع السابق ، ص٥٤ : ٥٥ .

للنص الغامض (التفسير التشريعي) ٠

ب- وسيلة التفسير :

يستعين المفسر لدى تفسيره للنص القانوني بإحدى وسيلتين لغوية ومنطقية :

التفسير اللغوي :

يتعلق بالتعبير الخارجي عن الفكر [١]. ويعرف بالأسلوب الحر ، أو اللغوي في التفسير ، ويعتمد كلية على المعاني اللغوية للكلمات الواردة بالنص (محل التفسير) فمن المعروف أن النص القانوني ومجموعة من الألفاظ ، وهذه الألفاظ رموز يريد الشارع بها التعبير عن معنى ، لذلك ستكون أولى خطوات التفسير هي الكشف عن مدلول هذه الألفاظ [٢].

ويعتمد التفسير اللغوي على اللغة إذ يبدأ المفسر في البحث عن دلالة كل كلمة على حدة ، ثم يعقبها بالبحث عن المعنى الإجمالي للكلمات التي يتكون منها النص محل التفسير ٠

وغالبا ما يعجز التفسير اللغوي عن الوقوف على قصد المشرع ، الأمر الذي يستوجب من المفسر البحث عن روح النص نفسه ، وهو ما يعرف

---

(١) د. يسرا نور علي ، المرجع السابق ، ص١٢٣ .

(٢) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٨٩ – رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص٢٣٩ .

بالتفسير المنطقي .

التفسير المنطقي :

يستهدف البحث عن روح النص ، وعلى عكس التفسير اللغوي فإنه يغوص في أعماق النص ذاته معتمدا على عناصر متنوعة تساعده على كشف غموض النص ، وتتجسد هذه العناصر في :

أ- عناصر التنظيم والتنسيق في تفسير القاعدة القانونية :

يتعين على المفسر كي يصل إلى مفهوم النص أن يفسره في ضوء النصوص القانونية الأخرى المكونة للنظام القانوني الذي يتبعه النص محل التفسير ، فالقاعدة القانونية لا تحكمها مبادئ قانونية خاصة ، وإنما هي تطبيق للمبادئ العامة التي تحكم قاعدة فردية والتي هي أساس تفسيرها سواء كانت تطبيقاً لهذه المبادئ أو استثناء منها ، وإذا لم يتمكن المفسر من تفسير النص فإنه يبحث في السوابق التاريخية للتشريع .

ب – عنصر السوابق التاريخية للتشريع :

كثيراً ما يفيد البحث في أصل القاعدة وتطورها في فهمها نظراً للصلة الكبيرة بين القواعد الحديثة ، والقواعد القانونية السابقة ، وإذا لم يتمكن المفسر من تفسير النص رغم غوصه في الجذور التاريخية لذلك النص تعين عليه البحث في الأعمال التحضيرية للقانون .

جـ- عنصر الأعمال التحضيرية للقانون :

إذا تمكن المفسر من الوقوف على الآراء التي اقترحت لـدى مناقشـة النص القانوني قبل إقراره ، والوقوف ، على هذه الآراء فإنه يتعرف علـى تلك التي ووفق عليها ، وتلك التي تم رفضها . وهذه الآراء مفيدة دون شـك في تفسير النص القانوني فإذا عجز المفسر رغم ذلك عن تفسير النص تعين عليه البحث عن علة النص .

د- عنصر علة التشريع :

يستهدف المشرع دائما من سنه لقاعدة قانونية غرض معين ، وإذا نجح المفسر في تحديد المصلحة المستهدف حمايتها بالنص القانوني أمكن تفسيره في ضوء هذه المصلحة ، إذ يتعين تفسير الـنص بمـا يحقـق المصـلحة المستهدفة منه وإلا كان التفسير معيباً .

والجدير بالذكر أن البحث الغائي هذا لا يقتصر على بحث المصلحة التي يستهدفها المشرع من النص القانوني وإنما يتعداه إلى البحث عن الهدف الذي يبغيه المشرع من النظام القانوني الذي يتبعه هذا النص ، ثم هـدف جملـة الأنظمة القانونية في مجال معين [١].

---

(١) د. يسرا علي نور ، المرجع السابق ، ص١٢٥ – رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ٢٤٠ ، ٢٤١ .

جـ- نتيجة التفسير :

ينقسم التفسير من زاوية نتائجه إلى أنواع ثلاثة : تفسير مقرر ، وتفسير مقيد ، وتفسير موسع .

التفسير المقرر :

متى كانت عبارة النص واضحة الدلالة على قصد المشرع تعين على المفسر عدم الخروج عن مدلول النص حتى لو كان هناك مبرر لذلك الخروج تطبيقاً للمبدأ القائل "لا اجتهاد عند صراحة النص" (١).

ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة ٣١٧ /٨ ع من تشديد العقاب على السرقة الواقعة من متعهدي النقل على الأشياء المسلمة إليهم بصفتهم هذه ، إذ بالرغم من أن هذه الواقعة ليست في حقيقة أمرها سرقة وإنما خيانة أمانة فإن المفسر لا يملك تفسيرها على هذا النحو وإنما يلتزم بما ورد في نص المادة ٣١٧ /٨ ع واعتبارها سرقة وليست خيانة أمانة (٢).

التفسير المقيد :

يلجأ المفسر إلى التفسير المقيد متى كانت عبارة النص غامضة وكان ظاهر التعريف يفيد معنى أوسع من قصد المشرع ، في هذه الحالة فإن باب

---

(١) نقض ١٩٦٨/٢/١٩ م. أ. ن. ، س١٩ ق رقم ٤٢ ص٢٣٣ .

(٢) نقض ١٩٣٩/٥/٢٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٤ رقم ٣٩٤ ، ص٥٥٤ . د. عبد العظيم وزير ، المرجع السابق ، ص٥٩ : ٦٠ .

الاجتهاد يصبح مفتوحاً أمام المفسر إذ لا محل لتطبيق مبدأ "لا اجتهاد عند صراحة النص" نظراً لغموض النص وعدم وضوحه .

ومن الأمثلة على التفسير الضيق تفسير الفقه لكلمة "الإكراه" الواردة في المادة ٣١٢ والتي تعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة من يرتكب سرقة بإكراه ، إذا نظرنا إلى كلمة الإكراه لوجدنا أن ظاهرها يتسع ليشمل الإكراه المادي والمعنوي ، غير أن الفقه فسرها بأنها تعني الإكراه المادي فقط دون الإكراه المعنوي [١] وإن كانت محكمة النقض قد استقرت على التسوية بين الإكراه المادي والإكراه المعنوي في حالة التهديد باستخدام السلاح .

التفسير الواسع :

يلجأ المفسر إلى التفسير الواسع على غرار التفسير المقيد متى كانت عبارة النص غامضة . إلا أنه يختلف في أن المعنى الظاهر للنص الغامض أضيق من قصد المشرع ، الأمر الذي يستوجب من المفسر أن يوسع من المعنى الظاهري كي يتفق مدلول النص مع قصد المشرع .

ومن الأمثلة على التفسير الواسع ما استقر عليه القضاء في تفسيره لكلمة المنقول الواردة في م٣١١ ع بشأن السرقة بأنها تشمل التيار الكهربائي ، وكذلك توسع القضاء في تفسير مفهوم المنزل المسكون أو المعد للسكنى في جريمة الحريق العمد المنصوص عليها في المادة ٢٥٢ ع ليشمل أيضاً

---

(١) نقض ١٩٨٤/١٠/٩ ، م.أ.ن.س ٣٥ق رقم ١٤٢ ، ص٦٥١ .

ملحقات المسكن مثل الحظائر والمخازن .

ومن قبيل التفسير الواسع أيضاً : التوسع في حكم النص عن طريق تفسيره بحكم المخالفة ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة ٦٢ ع من عدم معاقبة من يكون فاقد الشعور والاختيار لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة تناولها قهراً عنه أو على غير علم منه بها ، إذ فهم على ضوئها بمفهوم المخالفة معاقبة من يفقد الشعور أو الاختيار لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة تناولها باختياره وعن علم بها [١].

وفيما يتعلق بالتفسير المقيد والتفسير الواسع فإن هناك البعض من الفقهاء يقصرون التفسير الضيق على النصوص التي تقرر وضع أسوأ للمتهم ، وكذلك على تلك التي تقرر أحكام استثنائية على القواعد العامة . بينما يقصرون التفسير الواسع على النصوص القانونية التي تقرر وضع أحسن للمتهم [٢].

والحقيقة أن هذا القول يجانبه الصواب فليس هناك تفسير ضيق وآخر واسع ، وإنما هناك تفسير كاشف عن قصد المشرع . واختيار التفسير المقيد أو الموسع لا يتوقف على أثر القاعدة الجنائية بالنسبة للمتهم ، وإنما على مدى تمشي معناها الظاهري مع قصد المشرع [٣].

---

(١) د. عبد العظيم وزير ، المرجع السابق ، ص٦٠ .

(٢) المستشار محمود إسماعيل ، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات ، دار الفكر العربي ، ١٩٥٩ ، ص١٣٦ .

(٣) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٩٣ .

المطلب الثاني

قواعد التفسير

ذكرنا آنفاً أن من يتصدى لتفسير النصوص القانونية يضع نصب عينيه الوصول إلى قصد المشرع ، إلا أن المفسر ليس حراً دائماً في سلوك كافة السبل للوصول إلى قصد المشرع ، إذ يتقيد ببعض القواعد الخاصة لدى تفسيره للنصوص الجنائية .

وأهم هذه القيود أو قواعد التفسير المتعلقة بالنصوص الجنائية هي : حظر القياس في النصوص التجريمية ، وجوازه في النصوص غير التجريمية ، وأخيرا في تفسير الشك لمصلحة المتهم ، وسوف نتناول هذه القواعد الثلاث فيما يلي :

١- عدم جواز القياس في النصوص التجريمية :

نعني بالقياس في النصوص التجريمية : إلحاق فعل مباح بفعل مجرم لاشتراكهما في علة التجريم ، وهذا يعني تطبيق نص وضع لتجريم سلوك معين على سلوك آخر قريب منه أو يشبهه ولكن لا عقاب عليه بنص صريح وذلك قياساً لهذه الحالة الأخيرة على الحالة الأولى [١].

وهذا القياس محظور لما ينجم عنه من تجريم سلوك مباح لم يجرمه

---

(١) د. على راشد ، المرجع السابق ، ص١٥٠ .

المشرع ، وما في ذلك من انتهاك صارخ لمبدأ الشرعية الجنائية ، "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" فمهمة التجريم والعقاب منوطة فقد بالمشرع وبمن يفوض فقط دستورياً أو من قبل البرلمان في ذلك دون القاضي أو الفقيه . وهو ما أكد عليه المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات لعام ١٩٣٧ "أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو ضمانة أساسية للحرية الفردية ، ويستوجب استبعاد طريق القياس في تطبيق نصوص التجريم" (١).

ومن الأمثلة على حظر القياس هذا استبدال المشرع المادة ٣٢٢ع بالمادة ٤٤ مكرر في عام ١٩٤٧ ، فقد كانت المادة ٣٢٢ع لا تعاقب إلا على إخفاء الأشياء المسروقة . ووفقاً لذلك النص لم يكن في وسع القاضي أن يقيس على حالة الأشياء المسروقة حالة الأشياء المتحصلة من النصب أو من خيانة الأمانة رغم التشابه بينهما حتى تدخل المشرع واستبدل المادة ٣٢٢ع بالمادة ٤٤ مكرر بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٧ وتنص على عقاب الأشياء المتحصلة من أي جناية أو جنحة . ومن الأمثلة أيضاً على حظر القياس عدم العقاب على الاستيلاء على منقول مملوك للغير بنية الانتفاع قياساً على تجريم الاستيلاء على منقول مملوك للغير بنية التملك والذي يكون جريمة سرقة ، فقد كان القاضي يحكم بالبراءة على من يستولي على سيارة مملوكة للغير بنية التنزه بها ، وذلك حتى عام ١٩٨٠ إلى أن صدر الق رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٠ والذي جرم تلك الواقعة بنص خاص هو المادة ٢٢٣ مكرر

---

(١) د. عبد العظيم وزير ، المرجع السابق ، ص٦٣ .

أولاً : ومن الأمثلة التي لا تزال خارج نطاق التجريم لعدم تدخل المشرع بعد لتجريمها ما نصت عليها الجداول الملحقة بالق رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ والمتعلقة بما يعد مخدراً في تطبيق أحكام هذا القانون ، وفي ضوء هذا الحصر لم يعد مخدرا فإن القاضي لا يمكنه القياس على أي من هذه المواد مواد أخرى ولو كانت قد تحدث ذات الأثر أو أثراً يفوقه . وكذلك لم يكن القاضي يستطيع العقاب على من يشغل غرفة في فندق أو يستأجر سيارة معدة للإيجار والفرار بها دون الوفاء بالأجرة قياساً على السرقة أو النصب إلى أن تدخل المشرع بالق رقم ١٣٦ لسنة ١٩٥٦ وتجريمه لهذه الوقائع بالمادة ٣٢٤ مكرر ع .

وحظر القياس في نصوص التجريم ليس قاصراً على حالة انعدام النص كلية ، وإنما يشمل كذلك حالة الانعدام الجزئي ، ونعني به النص الناقص لانعدام أحد شقى التجريم أو الجزاء ، في هذه الحالة لا يملك القاضي القياس على نصوص أخرى لنفس الصلة السابقة .

ومن الأمثلة على النص الناقص لعدم تحديد عناصر الجريمة ما كانت تنص عليه المادتان ٣٥٠ ، ٣٥١ ع قبل إلغائهما بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف ، فقد كانت المادتان المذكورتان تنصان على عقوبة الاعتداء على حق المؤلف أو الملحن في الوقت الذي لم يبين النص ظروف أو شروط اكتساب الملكية الفنية والأدبية وهو ما تداركه الق رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ .

وإذا كان محظور على القاضي القياس في نصوص التجـــريم فإنـــه لا يجوز أيضاً من أجل تشديد العقاب ، وعليه إذا اعتبر المشرع ظرف معـــين ظرفاً مشددا في إحدى الجرائم ، فإن القاضي لا يجوز له اعتبار ذات الظرف ظرفا مشددا لجريمة أخرى ، وأيا كان طبيعة الظرف المشدد ، فـــالظروف المشددة إما أن تغير من وصف الجريمة فتقلبها من جنحة إلى جناية ، وإمـــا أن يقتصر دورها على مجرد تشديد العقاب فقط .

ومن الأمثلة على ذلك ، المادة ٣١٧ /٢ع والتي شددت العقـــاب علـــى السرقة إذا وقعت في مكان مستور وكانت وسيلة الجاني لدخول المكان هـــو الكسر من الخارج أو استعمال مفتاح مصطنع . في هذه الحالـــة لا يجـــوز للقاضي أن يعتبر الكسر من الداخل ظرف مشدد للسرقة قياسا على الكســـر من الخارج . كما لا يجوز للقاضي أن يعتبـــر دخـــول المســـكن بمفتاحـــه الحقيقي ولو كان قد حصل عليه بوسيلة غير مشروعة ظرفاً مشـــدداً قياســـاً على استعمال الجاني مفتاح مصطنع في دخوله المسكن محل السرقة .

والجدير بالذكر أن حظر القياس لا يعني حظر التفسير الواسع وقد سبق أن أوضحنا جواز التفسير الواسع في حالة كون دلالة النص الظاهر تعجـــز عن التعبير عن قصد المشرع من سنه لهذا النص . وإذا كـــان هـــذا القـــول واضح فإن التفرقة بينهما عسيرة وكثيراً ما يختلف الفقه في تفســـير بعـــض النصوص فيما إذا كان القول بحكم معين هو ثمرة القياس ، أو ثمرة التفسير الواسع .

ويرى أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسني أن معيار التمييز بينهما هو دخول الحكم في نطاق نص التجريم أو خروجه عنه . وفي ضوء هذا المعيار لو دخل السلوك المكون للواقعة المنظرة أمام القاضي في نطاق نص التجريم فإن القول بتجريمه لن يكون على أساس من القياس ولو حدد هـذا النطـاق على متسع ، بينما إذا خرج هذا السلوك من نطاق نص التجريم فإن القـول بتجريمه استنادا إلى النص نفسه يكون قياساً [١].

٢- جواز القياس في غير نصوص التجريم :

ذكرنا آنفا أن العلة من حظر القياس في نصوص التجريم الحيلولة دون خلق جرائم جديدة ، وعليه فإن القياس لا يكون محظوراً إذا انتفت العلة من الحظر [٢].

وانطلاقاً من القاعدة السابقة فإن القياس يصبح مقبولاً في غير النصوص التجريمية . ويعتبر النص غير تجريمي إذا لم ينص على تجريم سلوك معين أو فرض عقاب معين ، كما يعد النص غير تجريمي كـذلك إذا أقـر سـبباً للإباحة أو لامتناع المسئولية أو العقاب أو تخفيفه ، كما يجوز القياس بالنسبة للنصوص الجنائية التفسيرية والتكميلية .

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٩٥ .

(٢) د. علي راشد ، المرجع السابق ، ص١٥٨ : ١٥٩ .

وأساس قبول القياس في هذه الحالة هو أن القياس هنا فيه عودة للأصل ، إذ من المعروف أن الأصل في الأشياء الإباحة وعليه فإن النصوص التي من شأنها العودة للأصل يجوز القياس عليها خاصة وأنها بذلك لا تتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية وإنما على العكس فيه تأكيداً له ففيه حماية ودعماً للحريات الفردية ، فضلاً عن عدم إضراره بالمجتمع نظراً لأن المفسر لا يلجأ إليه إلا إذا تأكد بأن اللجوء إليه يطابق قصد المشرع [١].

ومن الأمثلة على ذلك اعتبار القضاء الدفاع الشرعي سببا عاماً لإباحة كل الجرائم ، بالرغم من أن النصوص التي قررته قد قصرت نطاقه على جرائم القتل والضرب والجرح (م٢٤٥ : ٢٥١ع) [٢].

ومن الأمثلة أيضاً على ذلك اعتبار القضاء الإكراه المعنوي على ارتكاب جريمة من موانع المسئولية قياسا على حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة ٦٣ ع .

وجواز القياس في النصوص غير التجريمية ليس محل إجماع من الفقه حيث يذهب بعض الفقه إلى حظر القياس في النصوص غير التجريمية شأنها في ذلك شأن النصوص التجريمية . ويستندون في ذلك إلى أن طبيعة

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٩٥ .

(٢) نقض ١٩٣٧/٢/١ مجموعة القواعد القانونية ج٤ رقم ٤٠ ، ص٣٦ .

القانون الجنائي وأهدافه الخاصه تقتضي الفصل الدقيق الحاسم بين حدود ما هو شرعي وما هو غير شرعي جنائياً (١).

والواقع أن هذا الرأي يفتقد الأساس والمنطق وفقاً لما سبق أن أبديناه من مبررات لجواز القياس في النصوص غير التجريمية وإن كان يجب التنويــه إلى عدم جواز إقرار هذه القاعدة (جواز القياس) بصــورة مطلقــة ، فهــذه القاعدة وإن كانت مقبولة بالنسبة لأسباب الإباحة وموانع الأهلية لكونها تقرر مبادئ عامة ، فإنها لا تكون مقبولة بصفة مطلقة بالنســبة لموانــع العقــاب لتعلقها غالباً بقواعد خاصة ذات طبيعة استثنائية . ومن أمثلة ذلــك المــادة ٢٩١ ع التي كانت تعفي من العقاب الخاطف الذي يتزوج بمن خطفها زواجاً شرعياً (قبل تعديلها عام ١٩٩٩) ، فهذه المادة تقرر حكم استثنائي لا يجوز القياس عليه (٢).

نخلص مما سبق إلى جواز القياس في النصوص غير التجريمية متــى كانت لا تنطوي على استثناء أو مخالفة جديدة للقواعد العامة .

٣- تفسير الشك لصالح المتهم :

غموض القاعدة الجنائية المتعلقة بالواقعة المعروضة أمام القاضي للفصل في مدى ارتكاب المتهم لها لا يعفي القاضي من تطبيقها مهما كانت درجــة

---

(١) د. يسر انور علي ، المرجع السابق ، ص١٣٠ .

(٢) د. يسر انور علي ، المرجع السابق ، ص١٣٢ .

هذا الغموض إذ يجب عليه البحث عن قصد المشرع بكافة السبل المتعلقة بالتفسير "اللغوي والمنطقي" .

ومتى نجح القاضي في تحديد قصد المشرع وجب الاعتداد به سواء كان في مصلحة المتهم أو في غير مصلحته [١]، ولكن يحدث أن يتعذر على القاضي تحديد قصد المشرع ويستوي في نظره عدة وجوه يمكن أن يؤول النص وفقاً لها . وفي هذه الحالة فقط تبرز أي الأوجه يكون له الغلبة ؟ وبمعنى أكثر وضوحاً هل تكون الغلبة للتفسير الذي فيه مصلحة المتهم ؟ أم لا يشترط ذلك ؟ يتعين على المفسر ترجيح التفسير الذي فيه مصلحة للمتهم . فإذا كان النص يحتمل أكثر من تفسير للقاعدة الجنائية تعين تفسير الشك لمصلحة المتهم ، وأساسنا في ذلك أن الأصل في الأشياء الإباحة ، وطالما لم يستطع المفسر القطع بما يخالف ذلك الأصل تعين الإبقاء عليه [٢].

وقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم تقرها الشريعة الإسلامية خاصة في مجال العقوبات المقدرة وتشمل جرائم الحدود والقصاص [٣].

وتستمد هذه القاعدة أصلها من قول الرسول الكريم "ادرأوا الحدود بالشبهات" وقد طبق الصحابة رضوان الله عليهم هذه القاعدة بكل دقة فقد

---

(١) نقض ١٩٧٥/٦/٢٣ م.أ.ن.س ٢٦ق رقم ١٢٥ ، ص٥٨٨ .

(٢) على النحو الذي سوف نوضحه في الباب الرابع والجزاء الجنائي .

(٣) الأستاذ / عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص٢٠٨ .

روي عن سيدنا عمر بن الخطاب أنه قال : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أقيمها بالشبهات .

ومن الأمثلة على تطبيقات هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية ما روي عن الرسول عليه الصلاة والسلام لما جاءه ماعز معترفا بالزنا قال له : "لعلك قبلت" ، "لعلك غمزت..... " كل ذلك قاله الرسول الكريم لعل (ماعز) يقول نعم رغم إقراره بالزنا ليدرأ عنه حد الزنا .

والواقع أن هذا الفرض نظريا أكثر منه عملياً فمن النادر أن يتعذر على القاضي الوصول إلى قصد المشرع ، والحقيقة أن مجال هذه القاعدة هو قواعد الإثبات وليس قواعد التفسير حيث تتعادل أدلة الإدانة وأدلة البراءة ، ويتعين الحكم بالبراءة في حالة الشك ، فالإدانة لا ينبغي أن تبنى إلا على الجزم واليقين .

تطبيقات القضاء المصرى :

الأصل أن القيود الواردة على حرية النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية أمر إستثنائى ينبغى عدم التوسع فى تفسيره و قصره فى أضيق نطاق على الجريمة التى خصها القانون بضرورة تقدبم الشكوى ، دون الجرائم التى قد ترتبط بها .
[الطعن رقم ٥٧١ – لسنة ٤٠ق – تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٦ / ١٩٧٠ – مكتب فني ٢١]

تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٣٣ بتنظيم صناعة و تجارة الدخان على أنه يقصد بعبارة الدخان المغشوش جميع المواد المعدة للبيع أو للإستهلاك بوصف أنها دخان و ليست منه ، كما تنص الفقرة الأخيرة من تلك المادة على أنه يقصد بالدخان المخلوط الدخان الذى تخلط به أو تدس فيه مواد غريبة بأية نسبة كانت . و مفاد هذين النصين أن كلا النوعين يفترق فى ماهيته و مقوماته عن الآخر . و من ثم فإن الحكم المطعون فيه حين إستلزم للعقاب على إحراز الدخان المغشوش أن تكون المادة المضبوطة دخان جرى غشه أو خلطه بمواد أخرى يكون قد إستعار تعريف المشرع للدخان المخلوط و أجراه على الدخان المغشوش ، فخالف بذلك حكم القانون .

[الطعن رقم ٥٣٠ – لسنة ٣٤ق – تاريخ الجلسة ٠٩ / ١١ / ١٩٦٤ – مكتب فني ١٥]

يبين من الرجوع إلى أصل تشريع المادة ١١٢ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٣ ، و هى المقابلة للمادة ١٠٠ من قانون العقوبات الصادر سنة ١٨٨٣ ، و المادة ٩٧ من قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٠٤ و المادة ١١٢ من قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٣٧ ، أن هذا النص ظل على أصله من إشتراط أن تكون الأشياء مسلمة إلى الموظف بسبب وظيفته ، و قد جاءت الصيغة الفرنسية لهذا الركن بعبارة : ، Qui etaient ent e ses mains en vertu de ses fonctions بما يعنى أن يكون الشىء بين يدى الموظف بمقتضى وظيفته ، و هو التعبير نفسه الذى

إستعمله المشرع الفرنسى عند صياغة المادة ١٦٩ من قانون العقوبات التـــى أخذت عنها المادة ١١٢ من قانون العقوبات المصرى ، وأن هذا التعبير من الشارع لآية على أنه لم يكن مراده عند وضع النص أن يجعــل الإخـــتلاس مقصوراً على الحالة التى يكون فيها الشيء قد سلم إلى الموظف تسليماً مادياً ، و إنما أراد أن يجمع إلى هذه الصورة الحالات التى يكــون فيهــا عمــل الموظف قد إقتضى وجود الشيء بين يديه ، و فرض العقاب علــى عبــث الموظف بالإئتمان على حفظ الشيء ، و هى صورة خاصة من صور خيانة الأمانة لا سبه بينها و بين الإختلاس الذى نص عليه الشارع فى باب السرقة ، ذلك بأن الإختلاس فى هذه الحالة الأخيرة هو إنتزاع المال من الحيازة بنية تملكه أما هنا فإن الشيء فى حيازة الجانى بصفة قانونية ثم تتصرف نيته إلى التصرف فيه على إعتبار أنه مملوك له ، فمتى وقع هذا التغييــر فــى نيــة الحائز إستحالت الحيازة الناقصة إلى حيازة كاملة بنية التملــك و تــوافرت جريمة الإختلاس تامة ، و إن كان هذا التصرف لم يتم فعلاً . و إذ كان ذلك و كان الشارع عند إستبدال النص الحالى للمادة ١١٢ بالنص الســابق ، لــم يجعله مقصور – كما كانت الحال فى النص السابق – على مأمورى التحصيل أو المندوبين له أو الأمناء على الودائع أو الصيارفة المنوطين بحساب النقود ، بل أطلق حكم النص ليشمل كل موظف عام يختلس مالاً مما تحت يده متى كان مسلماً إليه بسبب وظيفته ، و هذا التعبير الأخير هو الذى كان مســتقراً عند صياغة هذه المادة منذ أول وضعها ، و جــاءت المــذكرة الإيضــاحية للقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٦٣ أنه رؤى فى صياغة المواد الجديدة ما إنتهــت إليه لجنة تعديل قانون العقوبات فى مشروعها مع إضافة مواد أخرى يشــكل بها ما فات اللجنة إستكماله من نواحى النقص و تعديل بعض المواد الأخرى من مشروع اللجنة ليلائم روح العهد الحاضر و تحقيق أهدافه بشأن القضـــاء

على الفساد و الإفساد و المحافظة على أموال الدولة و عدم التفريط فيهـا . فإن تأويل التسليم المشار إليه فى النص بالأخذ المادى وحده ، فيـه تطبيـق للمدى الذى يشمله لتطبيقه ، و هو ما لا يتفق مع الإتجاه الذى أفصـح عنـه المشرع فى المذكرة الإيضاحية و لا مع ما قصده عند وضع النص مـن أن تجريم الإختلاس و العقاب عليه لا يستلزم – كما هو مبين فيما سبق – سوى وجود الشىء فى حفظ الموظف الذى عهد إليه به ، يستوى فى ذلك أن يكون قد سلم إليه تسليماً مادياً أو أن يكون بين يديه بمقتضى وظيفتـه و لا يسـع محكمة النقض و هى تعرض لتفسير المادة ١١٢ إلا أن تشير كما سلف القول إلى أن الإختلاس المذكور فى تلك المادة – بإعتباره صورة خاصة من صور خيانة الأمانة – يقع تاماً وضحت نية الحائز فى أنه يتصرف فـى الشـىء الموكل بحفظه تصرف المالك لحرمان صاحبه منه .

[الطعن رقم٥٥٧ – لسنـــة ٤٤ق – تـاريخ الجلسـة ٠٣ / ٠٦ / ١٩٧٤ – مكتب فني ٢٥]

إن الشارع لم يضع المادة ١٢٦ المكررة إلا للعقاب على أفعال لـم تكن من قبل معاقباً عليها . فكافة الطرق التى بينتها تلك المادة هـى أفعـال إعانة للجانى على الفرار مما لم يكن فى ذاتـه مكتوبـاً لجريمـة خاصـة منصوص عليها فى القانون و مقرر لها عقاب معلوم ، أما ما كان من هـذه الأمور يعاقب عليه القانون فلا تصدق عليه هذه المادة . و إذن فالمراد مـن عبارة " و إما بإخفاء أدلة الجريمة " الورادة بها إنما هو الإخفاء الـذى مـا كان القانون يعاقب عليه ، كإخفاء المفاتيح المصطنعة التى إسـتعملت فـى إرتكاب سرقة ، أو إخفاء العصى التى إستعملت فـى ضـرب ، أو إخفـاء ملابس الجانى بالدماء أو غسلها ، أو وضع تراب على محل فيه دم من أثر

الحادثة ، أو كغير ذلك من الأمور التى ليس فى فعلها إجرام ، اما إذا كـان إخفاء أدلة الجريمة مكوناً فى ذاته لجريمة اخرى معاقـب عليهـا قانونـاً ، كإخفاء الأشياء المسروقة مع العلم بسرقتها " مادة ٢٧٩ " ، أو إخفـاء جثـة القتيل " مادة ٢٠٣ " ، أو الإجهاز على القتيل قبل أن ينم على قاتله " و هى جناية تقع تحت متناول المادة ١٩٨ عقوبات " ، أو إخفاء المواد المخدرة مع العلم بأنها مخدرة " و هى إحراز مما ينطبق عليه قانون المخدرات مادة ٣٥ " ، فإن مثل هذه الصور التى يقرر لها القانون عقاباً خاصاً ، وإن كانت كلها فى الواقع إخفاء لتلك الأدلة لم يبعث عليه أولاً و بالذات سوى إعانة الجـانى على الفرار من وجه القضاء ليست ألبتة من المقصور للشارع بعبارة " و إما بإخفاء أدلة الجريمة " ، بل إن كل صورة منها تأخذ حكمها بحسـب الـنص القانونى الخاص بها . غاية ما يمكن القول به هو أن الفعل الواحد من أفعال الصور المتقدمة يكون الجريمة الخاصة المنصوص عليها فى القانون ، و فى آن واحد يكون جريمة المادة ١٢٦ المكررة ، و يقتضى تطبيق مبدأ الفقـرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات الخاص بتعدد الأوصاف القانونيـة للفعل الواحد .

[الطعن رقم٥٤٩ – لسنـــة ٣ق – تاريخ الجلسة ٢٦ / ١٢ / ١٩٣٢ – مكتب فني ٣ ع]

وبعد أن أوضحنا قواعد التفسير الثلاثة نكون قد ألقينا الضوء على كـل ما يتعلق بتفسير القاعدة الجنائية ، وننتقل الآن لاستعراض خصائص القاعدة الجنائية في الفصل التالي .

الفصل الثاني

خصائص القاعدة الجنائية

تتميز القاعدة الجنائية بالخصائص العامة للقاعدة القانونية إذ تتسم بالعمومية والتجريد ، فالقاعدة الجنائية لا ترتبط بحالات معينة وإنما تضع تنظيماً موضوعياً للسلوك الإنساني تنطوي عليه هذه الحالات الواقعية . ولن نتطرق لبحث هذه الخاصية نظراً لدراستها بالفرقة الأولى ضمن موضوعات المدخل في العلوم القانونية لذا نحيل إليها منعا للتكرار .

وينجم عن السمة التجريدية للقاعدة الجنائية اتسامها بالمساواة ، فالجميع أمام القاعدة الجنائية سواء .

وإذا كانت خاصيتى التجريد والمساواة تتحد فيهما القاعدة الجنائية مع القاعدة القانونية فإن للقاعدة الجنائية خصائص تميزها عن القاعدة القانونية بصفة عامة تتمثل في ضرورة صدورها عن جهات معينة إذ لا يتصور صدورها عن غير هذه الجهات (البرلمان بالنسبة للقانون العادي ، ورئيس الجمهورية بالنسبة للقرارات الجمهورية بقوة القانون ، والسلطة التنفيذية فيما يتعلق باللوائح) وتعرف هذه الخاصية بالشرعية الجنائية . كما يشترط تدوين القاعدة الجنائية فلا وجود لقواعد جنائية غير مكتوبة على النحو السابق توضيحه لدى استعراضنا لمصادر القاعدة الجنائية . وينجم عن هذه الخاصية ضرورة نشر القواعد القانونية على الكافة (النشر في

الجريدة الرسمية) .

كما تتسم القاعدة الجنائية بالثبات فيحكم سريانها الزمني قواعـد تـنظم تعاقب القوانين الجنائية التى تصدر لفترة محددة (القوانين المؤقتة) .

وتتسم القاعدة الجنائية أيضاً باستهدافها حماية المصالح الاجتماعية حتى لو تعلقت بمصلحة فردية لأنها بحمايتها تضفي عليهـا قيمـة اجتماعيـة ، فالتجريم والعقاب أو حتى الإباحة تستهدف تحقيق مصلحة عامة . وينجم عن هذه الخاصية اعتبار القاعدة الجنائية من النظام العام مما لا يجـوز الاتفـاق على عكسها نظراً لما يضفيه ذلك عليها "طابع إلزامي" لذلك لا يجوز إعفـاء المذنب من العقاب استنادا إلى تنازل المجني عليه عن شكواه ضده نظراً لأن تنازل المجني عليه هنا لا يتعدى كونه تنازلاً عن حقه في التعويض فقـط ، دون أن يحق له التنازل عن حق المجتمع والمتمثل في إيلام وزجـر وردع وتقويم وإصلاح الجاني .

وأخيرا تتسم القاعدة الجنائية بالشخصية ، ويعني ذلك أنها تطبـق فقـط على من استوفى شروط توقيعها دون غيره مهما كانت صلة ذلك الغير بمن انتهك القاعدة الجنائية .

نخلص مما سبق إلى اتسام القاعدة الجنائية بخصائص عديدة (التجريد – المساواة – الثبات – التدوين – الشرعية – الشخصية) ونظراً لتعلق معظـم هذه الخصائص بموضوعات سوف نتعرض لها بالدراسة فـي موضـوعات

قادمة سواء تعلقت بنطاق سريان القاعـدة الجنائيـة مـن حيـث المكـان (المساواة) ، أو من حيث الزمان (الثبات – التـدوين) أو تعلقـت بأسـباب الإباحة (استهداف الصالح العام) أو بأغراض الجزاء الجنائي (النظام العـام) فإننا نحيل إلى هذه الموضوعات دراسة هذه الخصائص مكتفين هنا بدراسـة خاصيتي (الشرعية والشخصية) فقط كلاً في مبحث مستقل .

المبحث الأول

شرعية القاعدة الجنائية

يجب أن تتسم القاعدة الجنائية بالشرعية . بمعنى أن تصدر فـي قالـب قانوني ، وفقا لما يعنيه مبدأ الشرعية الجنائية . وقد أكدت الشريعة الإسلامية على ذلك المبدأ في قوله تعالى "وما كنا معذبين حتى نبعـث رسـولاً" [١] ، وقوله تعالى "وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسـولا يتلـو عليهم آياتنا" [٢].

كما أكد الدستور على هذا المبدأ في المادة ٢/٦٦ من الدستور المصري ١٩٧١ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" وهو ما نصت عليه المادة ١/٥ من قانون العقوبات "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول بـه وقت ارتكابها" .

---

(١) الآية رقم ١٥ سورة الإسراء .

(٢) الآية رقم ٥٩ سورة القصص .

ولكي نلقي الضوء على هذه الخاصية يتعين توضيح مفهوم مبدأ الشرعية ، ثم نعقبه بذكر مبرراته وذلك كل فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية

ثمة مفهومين لمبدأ الشرعية الجنائية أحدهما قديم والآخر حديث أكثر اتساعاً ، وقد أخذ به المشرع بعد أن نادى به الفقه الحديث وذلك لتجنب الانتقادات التي وجهت للمبدأ في ظل مفهومه القديم .

وقبل استعراضنا لمفهوم المبدأ ، يجدر بنا أن نوضح أولاً : "أن مبدأ الشرعية الجنائية يسود كل مراحل تدخل القانون الجنائي منذ وقوع الجريمة حتى محاكمة المجرم ، وتنفيذه للعقاب الصادر ضده وهو بذلك يشمل مراحل ثلاث : فهناك مرحلة التجريم والعقاب : ويعرف فيها بمبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية وهي التي تهمنا في البحث نظرا لتعلق المرحلة الثانية بالإجراءات الجنائية التي تتخذ ضد الشخص المشتبه فيه أو المتهم خلال مراحل الاستدلال ، والتحقيق ، والمحاكمة ، وتعرف باسم الشرعية الجنائية الإجرائية والمقرر تدريسها لطلبة الفرقة الرابعة ، وكذلك مرحلة التنفيذ العقابي (المرحلة الثالثة) والتي تتعلق بتنفيذ الجزاء الجنائي نظراً لتعلقه بالنظرية العامة للجزاء الجنائي وبالإجراءات الجنائية

المفهوم القديم لمبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية :

"لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون" وفق هذا المفهوم فإن تحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها ، وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها لابد أن يصدر في صورة قانون ، وعليه لا يجوز أن يتولى القاضي أو السلطة التنفيذية هذه السلطة فالبرلمان وحده هو الذي يملك هذه السلطة ، وأي تجريم أو فرض جزاء يتم بواسطة السلطة القضائية والتنفيذية لا يعتد به ولا يعتبر قاعدة جنائية ، ولا يجب على القاضي الحكم بموجبه فيما يعرض عليه من وقائع للفصل فيها [١].

وفقاً لهذا المفهوم فإن ثمة التزامات تلقى على عاتق كل من المشـرع إذ يمتنع عليه تجريم وقائع حدثت قبل العمل بالقـانون ، فمـن المعـروف أن للقاعدة الجنائية تاريخ نفاذ يختلف عن تاريخ صـدورها باسـتثناء القواعـد الجنائية الأحسن للمتهم .

كما يلتزم القضاء بعدم خلق الجرائم أو تطبيـق العقوبـات فـي غيـر الأحوال المنصوص عليها قانونا ، وبعدم رجعية النصوص التجريمية وأخيرا تلتزم السلطة التنفيذية بعدم تجريم وقائع معينة ، أو فرض جزاءات جنائيـة لوقائع جرمها المشرع إذ أن سلطة التجريم والعقاب مـن سـلطة المشـرع وحده .

انتقادات المفهوم القديم :

واجه مبدأ الشرعية الجنائية في صيغته الأولى عدة انتقادات قيل أن هذا

---

(١) د. عبد الرؤوف مهدي ، المرجع السابق ، ص٩١ .

المبدأ يقف حجر عثرة في تطبيق سياسة التفريد القضائي تلك السياسة التي تمنح القاضي سلطة توقيع عقوبات جنائية غير محددة المدة في الأحكام التي يصدرها ، كما تخوله سلطة توقيع الجزاء الجنائي ضد الشخص الخطر اجتماعياً ولو لم يرتكب جريمة وفقاً لمفهومها الأخلاقي [١]، وما ذلك سوى لاهتمامه بتحديد الجرائم وعقوباتها دون اعتبار لشخصية الجاني ودون اعتداد بحالته الخطرة .

كما نسب إلى مبدأ الشرعية أنه جامد ولا يساير التطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي يمر بها المجتمع ، وما ذلك سوى لحصر سلطة التجريم على السلطة التشريعية فحسب والتي غالباً ما يستغرق إقرارها للقاعدة الجنائية وقت طويل قد ينجم عنه الإضرار بمصالح المجتمع . فضلاً عن تعزر حصر الجرائم من قبل المشرع الأمر الذي ينجم عنه ظهور أفعال خطرة ولا أخلاقية لم يجرمها المشرع ، ومن ثم يفلت مرتكبيها من العقاب [٢].

وقد فشلت هذه الانتقادات في إلغاء مبدأ الشرعية نظراً لغلبة نتائجه الإيجابية على سلبياته [٣]، وهو ما سوف نوضحه لدى استعرضانا لمبرراته

---

(١) وهو ما سوف نوضحه في الباب الرابع : الجزاء الجنائي .

(٢) يسرا نور علي ، المرجع السابق ، ص٨٧ : ٨٨ .

(٣) باستثناء القليل من الدول التي ألغت ذلك المبدأ ومن أمثلتها قانون العقوبات الروسي ، والألماني ، وإن كانت هذه قد عادت وأقرته مرة أخرى .

إلا أنها لم تمر سدى حيث تركت بصماتها الإيجابية على المبـدأ . وتتجسـد تلك البصمات في ظهور مفهوم جديد لمبدأ الشرعية .

المفهوم الحديث لمبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية :

"لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" وفقاً لهذه المفهوم الحديث فإن القاعدة الجنائية يتصور أن تأخذ شكل القانون أو صور أخـرى ، قـرارات جمهورية لها قوة القانون ، أو حتى لائحة تصدر من قبل السلطة التنفيذية .

وبمعنى آخر لم يعد التجريم والعقاب حكرا على المشرع إذ من المتصور أن يجرم رئيس الجمهورية أو السلطة التنفيذية وقائع لم تكن مجرمـة مـن قبل ، أو يقرر لها عقاباً .

ولكن ليس معنى ذلك أن رئيس الجمهورية والسلطة التنفيذية ، أصـبح لهما سلطة تشريعية على قدم المساواة مع سلطة البرلمان ، إذ أن البرلمـان هو صاحب السلطة الأصلى وما رئيس الجمهورية والسـلطة التنفيذيـة إلا جهات يناط بها مهمة التشريع على سبيل الاستثناء . لذلك يجـب أن تفسـر سلطاتهما هذه في أضيق نطاق إذ تكون بناء على تفويض أو تصـديق مـن مجلس الشعب .

ويستمد رئيس الجمهورية سلطته هذه من نصوص الدسـتور ذاتـه ، إذ تنص المادة ١٠٨ من الدستور المصري لسـنة ١٩٧١ علـى أن لـرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض مـن

مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قـوة القـانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيـه موضـوعات هـذه القرارات والأسس التي تقوم عليها ، ويجب عرض هـذه القـرارات علـى مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض فـإذا لـم تعـرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القـانون . كمـا تنص المادة ١٤٧ من الدستور المصري على أنه إذا حدث في غيبة مجلـس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جـاز لـرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشـر يومـاً مـن تـاريخ صدورها إذا كان مجلس الشعب قائماً ، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قـوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجـه آخـر وأخيـراً تـنص المادة ١٤٨ من نفس الدستور على " أن يعلـن رئـيس الجمهوريـة حالـة الطوارئ على الوجه المبين في القانون ، ويجب عرض هذا الإعلان علـى مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يـراه بشـأنه ، وإذا كان المجلس منحلاً يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع لـه ، وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محـدودة ، ولا يجـوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب " .

وقد نصت المادة ٥ من الق رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المتعلق بحالة الطوارئ على العقوبات التي يمكن توقيعها على من يخالف أحكام قانون الطوارئ فنصت على أنه " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين المعمول بها يعاقب كل من خالف الأوامر الصادرة من رئيس الجمهورية ، أو من يقوم مقامه بالعقوبات المنصوص عليها في تلك الأوامر على ألا تزيد هذه العقوبة على الأشغال الشاقة المؤقتة ، ولا على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه ، وإذا لم تكن تلك الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها فيعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغارمة لا تجاوز خمسين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين .

إذن سلطة رئيس الجمهورية في مجال التشريع على سبيل الاستثناء ، وقاصرة على حالات الضرورة والاستعجال والطوارئ ، وفي جميع هذه الحالات الثلاث تخضع قراراته لتصديق من مجلس الشعب ، ولهذا الأخير الحق في رفضها .

كما تستمد السلطة التنفيذية وظيفتها التشريعية بموجب المادة ١٤٤ من الدستور المصري والتي تنص على أن يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها ، أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه . بموجب هذه المادة يملك رئيس الجمهورية أو من يفوضه من أعضاء السلطة التنفيذية إصدار لوائح تنفيذية للقوانين ،

وكذلك بموجب المادة ١٤٥ من الدستور نفسه يملك رئيس الجمهورية إصدار لوائح الضبط وهي تلك التي تنظم ممارسة حرية الأفراد بقصد المحافظة على النظام العام والآداب العامة بما في ذلك الأمن والصحة والسكينة ، ولم تخول هذه المادة رئيس الجمهورية سلطة تفويض غيره في إصدار هذه اللوائح ، على عكس المادة ١٤٤ السابقة والمتعلقة باللوائح التنفيذية مما يعني قصر إصدار لوائح الضبط على رئيس الجمهورية فقط .

وأخيراً تملك جهات الإدارة العامة أو المحلية سلطة إصدار اللوائح الإدارية . وهي تلك التي تتولى تنظيم شئون عامة كالصحة والأمن وتستمد ذلك من نص المادة ٣٨٠ ع لنصها على أن "من خالف أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العامة أو المحلية يجازي بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على خمسين جنيها ، فإن كانت العقوبة المقررة في اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها ، فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازي من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرون جنيهاً .

انتقادات المفهوم الحديث :

انتقد البعض المفهوم الحديث لمبدأ الشرعية ، وطالبوا بالإبقاء على المفهوم القديم باعتبار أن ذلك الأخير يحقق الفصل بين السلطات ، لما في الصيغة الجديدة من إخلال بهذا المبدأ حيث تخول السلطة التنفيذية الاشتراك في التشريع ، فضلاً عن أنها تخل بضمانات الحرية الفردية نظراً لأنها تفتح

ثغرة للسلطة التنفيذية لممارسة التجريم والعقاب . وهو ما انتهت إليه نـدوة بغداد سنة ١٩٧٦ حيث دارت الندوة حول أي الصـيغتين لمبـدأ الشـرعية تتبناها . وانتهت إلى إقرار صيغة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقـانون" وكـان أستاذنا الدكتور محمود مصطفى قد اقترح حلا وسطا بين الصيغتين تقضـي بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، ويجوز تحديد الجـرائم الاقتصـادية وعقوباتها بقرار صادر بناء على قانون إلا أن الندوة اعترضت علـى ذلـك الاستثناء مكتفية بالشق الأول من الاقتراح اكتفاء بسلطة الوزير المختص في إصدار القرارات التنفيذية للقوانين الاقتصادية [(١)].

المطلب الثاني

مبررات مبدأ الشرعية الجنائية

يمكننا تصنيف مبررات مبدأ الشـرعية الجنائيـة إلـى نـوعين مـن المبررات : مبررات سياسية ، وأخرى نفسية .

المبررات السياسية :

تتمثل المبررات السياسية التي صيغت لتبرير مبدأ الشرعية الجنائية في كونه دعامة لحرية الفرد واستقلاله إزاء تحكـم الدولـة ، إذ يضـمن مبـدأ الشرعية الجنائية للأفراد عدم مجازاتهم عن أفعال غير مجرمة أو مجازاتهم

---

(١) د. محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات في الدول العربيـة ، دار النهضـة العربيـة ، ١٩٨٣ ، ص٢٧ .

بعقاب أكثر مما هو منصوص عليه فالقانون وحده هو الذي يحدد مسبقاً ما يعد جرائم والعقاب المقرر توقيعه على مرتكبيه دون أن يملك القاضي تطبيقه على المتهم بأثر رجعي .

فضلاً عن أنه يضمن الفصل بين السلطات إذ بموجبه يختص المشرع وحده بالتجريم والعقاب ، بينما يقتصر دور القاضي على تطبيق القاعدة الجنائية على من يخل بأحكامها ، ودون أن يملك سلطة التجريم أو العقاب [١]، وإلا اعتبر ذلك انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات .

المبررات النفسية :

بجانب المبررات السياسية يضيف الفقهاء مبررات نفسية أخرى لمبدأ الشرعية تتمثل في كونه دعامة للدفاع عن المجتمع لما يتمتع به قانون العقوبات من قيمة رادعة تحول بين الفرد وارتكابه للجريمة . فالتهديد السابق بتوقيع عقاب محدد لا سبيل إلى تجنبه على من يرتكب جريمة من شأنه تقوية زواجر الجريمة على دوافعها لدى الفرد خاصة وأن قواعد قانون العقوبات لها قوة إلزامية لتعلقها بالنظام العام ، ومن ثم يصاحبها اليقين في توقيعها على كل من يخل بها [٢].

فضلاً عن وظيفته التثقيفية والتوجيهية : وتبدو وظيفته التثقيفية في كون

---

(١) د. أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص٨٥ .

(٢) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص٧٣ .

قانون العقوبات يضم قائمة بالأعمال المحظورة والجزاءات الجنائية المقـــرر توقيعها على مرتكبي هذه الأعمال فى حين تتبع وظيفته التوجيهية من كونه يذكر المواطنين بضرورة استمرار بعض المبادئ الأخلاقيـــة الهامـــة مثـــل ضرورة احترام نفس ومال وعرض الغير وضرورة الإخلاص والأمانة في العمل ...إلخ [1].

تطبيقات القضاء المصرى :

شرعية العقاب تقضى بأن لا عقوبة بغير نص – و لم تنص المادة ٤٦ من قانون العقوبات التى طبقتها المحكمة على عقوبة الغرامة النسبية التى يحكم بها فى حالة الجريمة التامة فى جرائم الإختلاس و الحكمة مـــن ذلـــك ظاهرة و هى أن تلك الغرامة يمكن تحديدها فى الجريمة التامة على أســـاس ما إختلسه الجانى أو إستولى عليه من مال أو منفعة أو ربح وفقاً لنص المادة ١١٨ من قانون العقوبات – أما فى حالة الشروع فإن تحديد تلك الغرامة غير ممكن لذاتية الجريمة .
[الطعن رقم٣٦٨ – لسنـــــة ٣٥ق – تاريخ الجلسة ٠٥ / ١٠ / ١٩٦٥ – مكتب فني ١٦]

(١) د. عبد الرؤوف مهدي ، المرجع السابق ، ص٩٤ .

لمبحث الثاني

شخصية القاعدة الجنائية

يشترط في القاعدة الجنائية أن تكون شخصية . إذ لا يكفي أن تتقيد بمبدأ الشرعية على النحو السابق إيضاحه ، وإنما يتعين أن تتقيد أيضاً بمبدأ شخصية العقوبة . ذلك المبدأ الذي أقرته الشريعة الإسلامية في أكثر من مكان بالقرآن الكريم ، ونستدل على ذلك بقوله تعالى " من اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى " [١]، وقوله سبحانه وتعالى " كل نفس بما كسبت رهينة " [٢]، ونصت عليه المادة ١/٦٦ من الدستور المصري "العقوبة الشخصية" فضلاً عن غالبية دساتير العالم وبالإضافة إلى تأكيد المواثيق الدولية ، والإجماع الفقهي والقضائي [٣].

ونكتفي هنا بإلقاء الضوء على مفهوم هذه الخاصية ، وسبيلنا في ذلك هو تفسير المصطلح الذي ورد في المادة ١/٦٦ من الدستور والتي أقرت ذلك المبدأ " شخصية العقوبة " على ضوء وسائل التفسير السابق إيضاحها .

ونبدأ أولاً بالتفسير اللغوي ثم نعقبه بالتفسير الغائي أو المنطقي ذلك التفسير الذي يستهدف الوصول إلى قصد المشرع والذي يمكننا تحديده في ضوء الغاية من إقرار ذلك المبدأ .

---

(١) الآية رقم ١٥ من سورة الإسراء .

(٢) الآية رقم ٣٨ سورة المدثر .

(٣) لمن يرغب في الاستزادة : انظر رسالة المؤلف ص٢٢٦ وما بعدها .

وإزاء ما سبق يمكننا التمييز بين ثلاث تفسيرات لمبدأ شخصية العقوبة : الأول تفسير لغوي ، والثاني والثالث تفسير منطقي .

التفسير اللغوي :

وهو ذلك المفهوم الذي يتمشى مع دلالة ألفاظه الظاهرية ونعني به قصر تنفيذ العقوبة على شخص المحكوم عليه ، وعليه فإن شخصية العقوبة تعني فقط مرحلة تنفيذ العقوبة بواسطة من صدرت ضده ، دون غيره مهما كانت الصلة بينهما ، ودون مرحلة توقيع العقوبة لتعلقها بشخصية المسئولية والتي تعني "عدم توقيع العقوبة على غير مرتكب الجريمة" وعليه فإن توقيع العقوبة على غير المذنب يمثل انتهاكاً لشخصية المسئولية دون أن يمثل انتهاكاً لشخصية العقوبة متى اقتصر تنفيذ العقوبة على شخص المحكوم عليه .

إلا أن هذا المفهوم يحول دون تحقيق العدالة بمفهومها الأخلاقي ، وما ينجم عنها من تعذر تحقيق العقاب لغايته الرئيسية والمتمثلة في تحقيق الردع بنوعيه العام والخاص . وأخيراً تعذر صيانة الحرية الفردية (١).

التفسير المنطقي :

يمكننا التمييز بين نوعين من التفسير أحدهما ضيق والآخر واسع كي نصل إلى أيهما يكشف بدقة عن قصد المشرع .

---

(١) لمن يرغب في الاستزادة : انظر رسالة المؤلف ص١٣٣ وما بعدها .

التفسير المنطقي الضيق :

إزاء نتيجة عجز المفهوم الاصطلاحي لشخصية العقوبة عن تحقيق العدالة والغاية من العقاب وصيانة الحرية الفردية كان من الضروري محاولة تفسير "شخصية العقوبة" تفسيرا منطقيا يتمشى مع الغاية من المبدأ والتي عجز عن تحقيقها المفهوم الاصطلاحي للمبدأ .

ويمكننا القول في ضوء الغاية من إقرار المشرع لمبدأ شخصية العقوبة أن هذه العبارة تعني قصر توقيع وتنفيذ الجزاء الجنائي على مرتكب الجريمة وحده دون غيره . وفقاً لهذا التفسير فإن مبدأ الشخصية يتسع ليشمل مرحلتي العقوبة : توقيعها وتنفيذها ، كما يتسع ليشمل أيضاً العقوبة والتدابير الشخصية دون التدابير العينية [1].

وفي ضوء هذا المفهوم فإن توقيع الجزاء الجنائي على غير مرتكب الجريمة من شأنه الإخلال بمبدأ شخصية العقوبات ، وليس فقط إلزام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم الصادر ضده ، كما أن توقيع التدابير الشخصية على غير مرتكب الجريمة أو إلزامه بتنفيذ التدبير الشخصي الصادر ضد غيره يخل أيضاً بمبدأ شخصية العقوبات . ودون أن يشمل التدابير العينية نظراً لتعذر تحقيق الغاية من إقرار المبدأ إذا ما تقيدت بمبدأ شخصية العقوبة .

---

(١) انظر تفصيلات ذلك في رسالة المؤلف ص١٥٦ وما بعدها .

ورغم نجاح ذلك المفهوم في تحقيق العدالة بدرجة أفضل من تحقيقها في ظل التفسير اللغوي وصيانة الحريات الفردية ، وبمعنى أدق رغم نجاحه في الكشف عن قصد المشرع في ضوء الغاية من المبدأ إلا أنه يحدث دائماً أن يمتد أذى الجزاء الجنائي إلى الغير من أقارب المحكوم عليه (أفراد وأسرة المحكوم عليه ، أومن المتعاملين معه من دائنين أو العاملين لديه) . رغم عدم توقيعه عليهم (وهو ما يعرف بالآثار غير المباشرة للجزاء الجنائي) . ومما لا شك فيه أن ذلك الإيذاء للغير من الأبرياء يحول دون تحقيق العدالة ويكشف لنا عجز ذلك التفسير المنطقي عن الوصول إلى قصد المشرع .

وكان لابد إزاء عجز مبدأ شخصية العقوبات في ضوء تفسيره المنطقي هذا عن تحقيق العدالة من محاولة تفسير شخصية العقوبة تفسير منطقي واسع يمكن في ظله تحقيق أفضل للعدالة .

التفسير المنطقي الواسع :

نعني به قصر توقيع الجزاء الجنائي على شخص مرتكب الجريمة مع حصر التنفيذ المباشر للجزاء الجنائي على شخص المحكوم عليه دون امتداد آثار التنفيذ المباشرة أو غير المباشرة إلى الغير .

وفقا لهذا التفسير فإن مجرد امتداد آثار الجزاء الجنائي غير المباشرة إلى الغير (الأضرار المادية والمعنوية لأسرة المحكوم عليه والأضرار المادية التي تلحق بالمتعاملين معه وبالمجتمع ككل) من شأنه الإخلال بمبدأ

شخصية العقوبات . رغم عدم توقيع الجزاء الجنائي على غير مرتكب الجريمة ورغم عدم تنفيذه إلا بواسطة المحكوم عليه .

إلا أنه نظراً لحتمية امتداد الآثار غير المباشرة للجزاء الجنائي إلى الغير واستحالة الحيلولة دون امتدادها إلى الغير إلا بعدم توقيع أو تنفيذ الجزاء الجنائي على عكس مرتكب الجريمة ، ونظراً لعدم تصور ذلك الحل ، أو بمعنى أصح نظرا لفداحة الأضرار التي يتصور أن تنجم عن هذا العمل من إضرار بالصالح العام وبصالح الأفراد وبأمن المجتمع إذا ما قورنت بالإخلال بالعدالة الناجمة عن مجرد امتداد الآثار غير المباشرة للجزاء الجنائي إلى الغير من الأبرياء فإن هذا التفسير لا يتصور قبوله ومن ثم لا يتصور أن يكون المشرع قد قصده عندما نص في المادة ٦٦ من الدستور المصري على أن "العقوبة شخصية" لذلك فإن هذا المفهوم لا يكون مفهوماً واقعياً وإنما مفهوماً خيالياً لا يتصور تطبيقه من الناحية العملية ، ومن ثم لا نعتد به ويصبح التفسير المنطقي الضيق الواقعي هو الأكثر تمشياً مع قصد المشرع ، وإن كان ليس معنى ذلك انعدام أي أثر عملي له إذ يجب أن يوضع نصب أعيننا وأن نسعى للحد من امتداد الآثار غير المباشرة للجزاء الجنائي إلى الغير بقدر الإمكان [١].

---

(١) انظر تفصيلات ذلك ، رسالة المؤلف ص١٨٧ وما بعدها .

وبعد أن انتهينا من إلقاء الضوء على خاصيتي الشـرعية والشخصـية للقاعدة الجنائية ننتقل الآن لتحديد نطاق سريان القاعدة الجنائية وذلـك مـن خلال الفصل التالي .

الفصل الثالث

نطاق سريان القاعدة الجنائية

القاعدة الجنائية تقيد المخاطبون بها حيث تلزمهم بالامتناع عن ارتكاب أنشطة معينة أو تلزمهم بالعكس على ارتكاب أنشطة معينة وتقرر جزاء جنائي لمن يخالف أوامرها هذه لذا كان من المهم أن نحدد نطاق هذه القيود سواء من حيث المكان أو من حيث الزمان ، فمن المعروف أن القاعدة الجنائية ليس لها سلطان مطلق في التطبيق وإنما ذات نطاق نسبي .

ويتحدد ذلك النطاق من أوجه ثلاث : من حيث المكان والأشخاص والزمان ، وهو ما سوف نبحثه عبر مبحثين نظراً لارتباط نطاق سريان القاعدة الجنائية من حيث المكان بنطاقها من حيث الأشخاص لذا سوف ندرسهما سوياً .

المبحث الأول

نطاق سريان القاعدة الجنائية من حيث المكان

ذكرنا آنفاً أن القاعدة الجنائية تلزم المخاطبين بها بأوامر معينة ، وتفرض جزاءات جنائية على مرتكبيها ، لذا كان من المهم أن نحدد نطاقها

المكاني ، أي أن نحدد المحيط المكاني الذي نطبق فيه القاعدة الجنائية على كل من يخل بأحكامها .

وتبدو أهمية تحديد ذلك النطاق خاصة وأن الوقت الراهن يتسم بسهولة وسائل الاتصال بين الشعوب وزيادة وتشعب العلاقات الإنسانية التي يظهر فيها عنصر أجنبي . لذا فمن المتصور أن يرتكب النشاط الإجرامي على إقليم دولة معينة ، وتتحقق النتيجة على إقليم دولة أخرى ، كما قد تقع الجريمة على إقليم دولة معينة من أشخاص لا يحملون جنسيتها [١].

لذا كان من الأهمية أن يتصدى المشرع لتحديد نطاق سريان القاعدة الجنائية من حيث المكان ، وإذا تفحصنا نصوص قانون العقوبات لمسنا مدى اهتمام المشرع بهذا الموضوع إذ عالجه في المواد الأربع الأولى من هذا القانون .

ويمكننا في ضوء هذه المواد الأربع من قانون العقوبات القول بوجود مبدأ أساسي يحكم نطاق سريان القاعدة الجنائية ترد عليه عدة مبادئ استثنائية ، وستكون هذه المبادئ موضوع دراستنا في هذا المبحث ، بالإضافة إلى ما يثيره تطبيق هذه المبادئ من مشاكل تتعلق بالتعاون الدولي في مجال تطبيق القاعدة الجنائية من حيث المكان ، لذا سوف يكون موضوع دراستنا أيضاً .

---

(١) د. يسرا نور علي ، المرجع السابق ، ص١٦٥ .

وإذا كان ذلك هو الإطار العام لموقف التشريع الوضعي من نطاق سريان القاعدة الجنائية من حيث المكان ، فما هو موقف الشريعة الإسلامية من سياسة التشريع الوضعي ؟ هذا ما سوف نوضحه لدى استعراضنا للموضوعات السابقة . ونكتفي بالقول هنا بإيجاز بأن الشريعة الإسلامية عالمية التطبيق وليست إقليمية نظراً لأنها منزلة للعالم أجمع وإلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، إلا أن التطبيق العملي يحول دون السمة العالمية لأحكام الشريعة الإسلامية لذا فإن الواقع يجعل تطبيق أحكامها ذات طابع إقليمي وإن كان هناك اختلاف كبير حتى في طابعها الإقليمي ، وهو ما سوف نوضحه في حينه .

والجدير بالذكر أننا سوف نتطرق إلى بحث نطاق سريان القاعدة الجنائية من حيث الأشخاص خلال تناولنا لنطاق سريانها المكاني نظراً لتعلق الأولى بالاستثناءات الواردة على الشق الإيجابي لمبدأ الإقليمية الذي يعد المبدأ الأساسي لنطاق سريان القاعدة الجنائية من حيث المكان .

وعليه سوف يكون تناولنا للمبدأ الأساسي الذي يحكم نطاق سريان القاعدة الجنائية من حيث المكان والاستثناءات التي ترد عليه ، والتعاون الدولي في مجال تطبيقها وذلك من خلال مطالب ثلاثة .

المطلب الأول

مبدأ إقليمية القاعدة الجنائية

استعراضنا لمبدأ الإقليمية يستوجب التعرف على مضمونه ومبرراته ، وكذلك الوقوف على ضابط تطبيقه ، وأخيرا التعرف على سياسة المشرع المصري في هذا الصدد وذلك على النحو الآتي :

١- مضمون مبدأ الإقليمية ومبرراته :

نعني بمبدأ الإقليمية انطباق القانون الجنائي على كل من يرتكب جريمة على إقليم الدولة دون اعتداد بجنسية مرتكبها أو بجنسية المجني عليه وطنيا كان أو أجنبيا ، وكذلك دون اعتداد بالمصلحة التي اعتدت عليها الجريمة وطنية كانت أو أجنبية .

وفقاً لهذا المفهوم فإن لمبدأ الإقليمية شقان : أحدهما إيجابي والآخر سلبي :

الشق الإيجابي للمبدأ :

ونعني به التطبيق الشامل للقانون الوطني على جميع الجرائم التي ترتكب في الإقليم دون غيره من القوانين الأجنبية .

الشق السلبي للمبدأ :

ونعني به عدم انطباق القانون الوطني على أي جريمة تقع خارج الإقليم . وإذا كان هذا هو مفهوم مبدأ الإقليمية فما هي مبرراته ؟

مبررات المبدأ :

يستند مبدأ الإقليمية لمبررات هامة منها :

١- تأكيد سيادة الدولة :

نظراً لتعلق قانون العقوبات بالنظام العام ، فضلا عن اعتباره أحد فروع القانون العام ، فإنه يعبر عن سيادة الدولة على إقليمها . وبموجب هذه السيادة فإن أي دولة لا تقبل أن يطبق قانون عقوبات دولة أخرى على إقليمها .

٢- الحد من الظاهرة الإجرامية :

من شأن تطبيق قانون العقوبات للدولة صاحبة الإقليم على مرتكب الجريمة من تحقيق الردع العام نظرا لمحاكمة الجاني في المكان الذي وقعت فيه الجريمة ، ومن ثم يشعر المحيطين بالجاني بالأذى الذي لحق به نتيجة ارتكابه لجريمته ، الأمر الذي يردع كل من تسول له نفسه سلوك سبيل الجريمة .

٣- تحقيق العدالة :

محاكمة الجاني في مكان ارتكاب الجريمة من شأنه تسهيل البحث عن أدلة الجريمة والتحقيق فيها ، ومن ثم يصبح القاضي أقدر على تحديد مسئولية مرتكبيها .

٢- ضابط تطبيق مبدأ الإقليمية :

تطبيق مبدأ الإقليمية في ضوء مفهومه السابق يقتضي إلقاء الضوء على موضوعين : الإقليم ، ومكان ارتكاب الجريمة وذلك فيما يلي :

أ- الإقليم :

تبدو أهمية تحديد إقليم الدولة في كونه يمثل النطاق التطبيقي لقانون العقوبات ، ويشمل إقليم الدولة ثلاث أنواع : الإقليم البري ، والإقليم البحري ، والإقليم الجوي .

١- الإقليم البري :

نعني به مساحة اليابس التي تحددها الحدود السياسية للدولة ، وتشمل أيضاً ما دونها من طبقات الأرض ، وعليه يدخل في الإقليم البري للدولة المحاجر والآبار وكذلك الهضاب والتلال والجبال ، ومن ثم إذا ارتكبت جريمة على أعلى الجبل فإنها تقع على إقليم الدولة صاحبة الأرض التي يعلوها الجبل ، وكذلك إذا ارتكبت جريمة في قاع البئر أو في المحجر فإن الجريمة تعد مرتكبة في إقليم الدولة صاحبة الأرض التي يدنوها البئر أو المحجر ويشمل كذلك الصحاري والأراضي الزراعية والمباني .

٢- الإقليم البحري :

ونعني به مساحة الماء التي تحددها الحدود السياسية للدولة . وتشمل المياه الداخلية للدولة ونعني بها الأنهار والترع والبحيرات التي يحيط بها

اليابس المكون للإقليم البري للدولة . وفي مصر : تشمل نهر النيل وبحيـرة المنزلة والبحيرات المرة ...إلخ .

كما يشمل أيضاً ما يعرف باسم البحر الإقليمي ونعني به مساحة من المياه المجاورة للإقليم أي أنها خارج الإقليم البري للدولة . والبحر الإقليمي بمثابة جزء من البحار والمحيطات المحيطة بالدول الساحلية كالبحر الأبيض المتوسط والبحر الأحمر والمحيط الأطلنطي والمحيط الهادي وهو في مصر يمثل جزء من البحرين الأبيض والأحمر .

ومساحة البحر الإقليمي تحددها الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية للدولة . وتختلف باختلاف الدول فهناك من الدول من ينص على أن مساحتها ثلاثة أميال من ساحل الدولة ، وهناك من يعتبرها ستة أميال ، وكذلك هناك من يعتبرها اثنا عشر ميلاً ، وهناك من يحدد مساحة أكبر من ذلك .

وبالنسبة لمصر فإن مساحة البحر الإقليمي اثنتا عشر ميلاً ، وعليه إذا ارتكبت جريمة في مياه البحر الأبيض المتوسط أو في مياه البحر الأحمر بمساحة اثنتا عشر ميلا تعد مرتكبة فوق إقليم مصر .

٣- الإقليم الجوي :

ونعني به طبقات الهواء التي تعلو الإقليم البري والإقليم البحري ويشمل كذلك ما يعلو البحر الإقليمي .

مشاكل تحديد الإقليم :

السفن والطائرات غالبا ما لا تتقيد بحدود إقليم الدولة التابعة لهـا حـال إبحارها أو طيرانها ، وقد يحدث أن ترتكب جريمـة علـى متنهـا ، أو أن تتسبب في وقوع جريمة على إقليم الدولة الأخرى التي تحلق في فضائها أو في مياهها الإقليمية .

في هذا الفرض تثور مشكلة تحديد الإقليم : هل يمتد فينطبـق القـانون الوطني على الجرائم التي ترتكب على متن السفن والطائرات الوطنيـة ، أو التي تتسبب فيها أيا كان مكانها حال ارتكابها الجريمـة ؟ أم يتقيـد الإقلـيم بحدوده السابق إيضاحها ليسري القانون الأجنبي في هذه الحالة ؟

ثمة اتجاهات ثلاثة يمكننا التمييز بينها في هذا الصدد :

الأول : يرى تطبيق قانون دولة الإقليم الذي ارتكبت عليه الجريمـة ، دون أي اعتبار لجنسية الطائرة أو السفينة .

الثاني : يرى تطبيق قانون العلم الذي تحمله السفينة أو الطائرة أيا كـان مكان ارتكاب الجريمة أو آثارها .

الثالث : يرى تطبيق مبادئ أخرى بجانب أحد المبدأين السابقين العلم أو الإقليم فيعتبر أحد هذين المبدأين أصلي والآخر احتياطي .

وإذا استطلعنا التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية لا نجد فيها خروجا على أحد هذه الاتجاهات الثلاث ، وإن كان يغلب عليهـا الأخـذ بالاتجـاه المختلط ، وهو ما سوف نوضحه من خلال استعراضنا لنمـاذج مـن هـذه

التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية فيما يتعلق بالسفن والطائرات وذلك على النحو التالي :

أولا : بالنسبة للسفن :

يوجد بعض التشريعات التي تأخذ بقانون العلم ومن أمثلتها التشريع الفرنسي حيث نصت المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر في ١٨٨٤/١٢/٢٠ على امتداد قانون العقوبات الفرنسي لكل ما يرتكب من جرائم على متن السفن الفرنسية أو من طاقهما أيا كان مكان ارتكابها ، ونفس الأمر بالنسبة للسفن الأجنبية التي ترتكب على متنها حال تواجدها بالمياه الإقليمية الفرنسية جريمة فإن قانون العلم هو الذي ينطبق على الجريمة باستثناء بعض الحالات يطبق فيها القانون الفرنسي وتتمثل هذه الحالات في :

١- إذا وقعت الجريمة من غير طاقم السفينة .

٢- إذا طلب طاقم السفينة طلبت تدخل السلطات المحلية .

٣- إذا أخلت الجريمة بسلامة الميناء .

ووفقا لما سبق فإن القانون الفرنسي يقر الاتجاه المختلط .

بينما يذهب القانون الإنجليزي إلى تطبيق قانون العلم على السفن البريطانية ، وانطباق القانون الإنجليزي على السفن الأجنبية إذا ارتكبت على متنها جريمة في المياه الإقليمية البريطانية .

كما نصت قرارات معهد القانون الدولي لعام ١٩٢٨ على أن الجنايات والجنح التي ترتكب على ظهر باخرة تجارية أثناء مرورها في مياه إقليمية لدولة ما لا تقع تحت سلطة قضائها باستثناء الجنايات والجنح التي تحدث آثارها خارج السفينة ، ويكون من شأنها الإخلال بالهدوء العام لهذه الدول إذ تخضع لقانون هذه الدولة صاحبة الإقليم .

وكذلك نص البند رقم ٨ من تقرير الأستاذ (Schuking) لمؤتمر (لاهاي) عام ١٩٣٠ الخاص بتوحيد القانون البحري على "حق الدولة الشاطئية في القبض على الأشخاص الموجودين على البواخر المارة في إقليمها المتهمين بارتكاب جرائم على إقليمها وذلك في الحالات الآتية :

١- إذا تعدت آثار الجريمة خارج الباخرة .

٢- إذا طلب قائد السفينة المعونة .

٣- إذا كان من شأن الجريمة أن تهدد سلامة الأمن العام أو حسن النظام في البحر الإقليمي .

والدولة الساحلية هي التي تقرر ما إذا كانت الجريمة المرتكبة تدخل ضمن هذه الجرائم أم لا ؟

نخلص مما سبق إلى أن الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية يغلب عليها الاعتداد بالاتجاه المختلط .

ثانياً : بالنسبة للطائرات :

توجد بعض التشريعات التي تأخذ بقانون العلم ومـــن أمثلتهـــا القـــانون الإيطالي حيث ينص على أن : كل الأعمال التي ترتكب على ظهر سفينة أو طائرة أثناء الملاحة في مناطق خاضعة لسيادة دولة أجنبيـــة فإنهـــا تحكـــم بواسطة قانون جنسية السفينة أو الطائرة في كل الحالات .

كما أقر التشريع الفرنسي الاتجاه المختلط إذ نجده يمد اختصاص قانون العقوبات الفرنسي إلى الجرائم التي تقع على الطائرات الفرنسية حتى ولـــو كانت خارج نطاق فرنسا ، ونص أيضا على اختصاص المحـــاكم الفرنســـية بالعقاب على الجنايات والجنح التي ترتكب على طائرة أجنبية في حالتين :

١- إذا كان الجاني أو المجني عليه فرنسياً .

٢- إذا هبطت الطائرة في فرنسا عقب الجناية أو الجنحة أيا كان جنسية الجاني أو المجني عليه .

كما أقرت اللجنة الدولية للطيران لعام ١٩٣٠ قـــانون العلـــم باســـتثناء حالتين :

١- إذا كانت الجريمة من شأنها تعكير الأمن والنظام العام للدولة التـــي تحلق فوقها الطائرة .

٢- إذا كانت الجريمة من شأنها الإضرار بسكان الدولة التي تحلق فوقها .

وقد نصت اتفاقية طوكيو عام ١٩٦٣ في المادة الثالثة على اختصاص الدولة التي سجلت بها الطائرة كقاعدة عامة (قانون العلم) .

كما نصت المادة الرابعة من الاتفاقية على الحالات التي لا ينطبق فيها قانون العلم وهي .

١- إذا كان للجريمة أثراً على إقليمها .

٢- إذا كانت تعكر صفو الأمن بها .

٣- إذا كان الجاني أو المجني عليه من إقليم الدولة التي تحلق فوقها الطائرة .

٤- إذا كان من شأن الجريمة الإخلال بقاعدة الملاحة الجوية الخاصة بها .

٥- وأخيرا إذا كان مباشرة الاختصاص يقتضيه التزام دولي التزمت به الدول بموجب اتفاق .

وقد انتهى المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات المنعقد في أثينا عام ١٩٥٧ إلى عدم معارضة قواعد القانون الدولي العام إلى الأخذ بقانون العلم ، فضلا عن أن هذا المبدأ (قانونا العلم) لا يستبعد الأخذ بباقي المبادئ

المتعلقة بسريان القانون الجنائي من حيث المكان (الإقليمية ، الشخصية ، العالمية) . وقد ناشد المؤتمر الدولي الدول الأعضاء ضرورة تنظيم المسائل المتصلة بالجرائم التي ترتكب على متن الطائرات عن طريق معاهدة دولية .

وكذلك نصت المادة الثالثة من الاتفاقية التي أقرها المؤتمر الدولي للطيران عام ١٩٦٣ على أن الدولة صاحبة الطائرة تختص بمحاكمة من يرتكب جريمة على ظهرها أثناء طيرانها .

كما نصت المادة الرابعة منها على الأحوال التي يجوز فيها للدولة التي تمر الطائرة في أجوائها أن تمارس سلطتها بسبب وقوع الجريمة عليها وهي :

١- إذا كان للجريمة أثرا على إقليمها .

٢- إذا وقعت الجريمة من أو على أحد رعاياها أو المقيمين بها .

٣- إذا كانت الدولة قد التزمت بمقتضى اتفاق عسكري بمباشرة اختصاصاتها .

وبعد أن استعرضنا موقف التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية نترجم ذلك القول عمليا خاصة في ضوء التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية مع التمييز بين السفن والطائرات العامة من جهة ، والسفن والطائرات الخاصة من جهة أخرى .

السفن والطائرات العامة :

١- السفن العامة :

ونعنى بها السفن الحربية ، والسفن المملوكة للدولة والمخصصة لخدمة عامة ، وتعتبر السفن التي تنقل رؤساء الدول وكبار رجال السلك الدبلوماسي سفن عامة . وهذه السفن تمثل سيادة الدولة التابعة لها ، وتعتبر جزءا متمما لها ، ولا سلطان لقانون أجنبي عليها ، وعليه يطبق قانون العلم على السفن العامة وهو ما يذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني (السابق إيضاحه) .

ونظرا لأن إبحار السفن لا يتعدى أحد أماكن ثلاث : المياه الإقليمية للدولة صاحبة العلم ، والمياه الإقليمية لدولة أجنبية ، وأخيرا أعالي البحار ، فإننا سوف نحدد موقف التشريعات والاتفاقيات الدولية إزاء الجرائم التي ترتكب في أحد هذه الأماكن الثلاث :

١- المياه الإقليمية للدولة صاحبة العلم : لا تثور مشكلة في هذه الحالة لأنه كما ذكرنا آنفا أن المبدأ الرئيسي والأساسي الذي ينطبق هو مبدأ الإقليمية ، ومن ثم يختص القانون الوطني بالجرائم التي ترتكب على ظهر السفن ، ولا يوجد تعارض مع قانون العلم .

٢- المياه الإقليمية لدولة أجنبية : هنا يطبق قانون العلم ، ومن ثم لا يخضع نهائيا لاختصاص الدولة صاحبة الإقليم ، ولكنها تلتزم بمراعاة القواعد التي وضعتها السلطات الإقليمية للمرور في بحرها الإقليمي ، وكل

ما تملكه الدولة صاحبة الإقليم في هذه الحالة هو تكليفها باتباع هذه القواعد ، وإذا لم تستجب السفينة لهذا التكليف لها أن تأمرها بمغادرة المياه الإقليمية .

ويستثني من هذه القاعدة متى كان الجاني أو المجني عليه من رعايا الدولة صاحبة المياه التي ارتكبت فيها الجريمة إذ يتعين على قائد السفينة العامة في هذه الحالة تسليم الجاني للسلطات المحلية .

٣- أعالي البحار : لا تخضع السفن العامة لاختصاص أي دولة أجنبية ، وتخضع في هذه الحالة لقانون العلم ، ولا يرد على ذلك أي استثناء .

وإذا كان هذا هو موقف التشريع الوضعي فما هو موقف الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ؟

السفن العامة تعد جزء من دار الإسلام (إي امتداد الإقليم) وتخضع الجرائم التي ترتكب فوقها للشريعة الإسلامية قياسا على المعسكرات الإسلامية في دار الحرب أيا كان موقع السفينة العامة وقت ارتكاب الجريمة .

٢- الطائرات العامة :

ونعني بها الطائرات المملوكة للدولة والتي تستخدم في أغراضها العامة ولا يهم إذا كانت مدنية أو حربية ، وإن كانت اتفاقية شيكاغو اعتبرت

الطائرات العامة هي الطائرات الحربيـــة والبوليســـية والجمركيـــة ، دون الطائرات التجارية والطائرات المستخدمة لنقل البريد .

وتحلق الطائرات في الفضاء الجوي الذي يعلو الإقليم البري والبحـــري وهو ما يعرف بالإقليم الجوي ، في هذه الحالة لا تثور مشكلة نظرا لخضوع الطائرة لمبدأ الإقليمية والذي يتطابق مع قانون العلم تماماً .

وقد تحلق فوق إقليم أجنبي (بحري - بري - جوي) في هـــذه الحالـــة تتمتع الطائرات العامة بنفس الحصانات المقررة للسفن العامـــة فـــي البحـــر الإقليمي لدولة أخرى ، أي أنها تخضع لقانون العلم ، ويشـــترط أن يكـــون تواجد الطائرة فوق إقليم دولة أخرى بتصريح من هذه الدولة صاحبة الإقليم .

ويسري قانون الدولة صاحبة الإقليم في حالتين :

١- إذا ارتكبت الجريمة من أحد أفراد الطاقم ولكن في غير وقت عمله الرسمى أو بغير سبب عمله الرسمي .

٢- إذا كان الجاني بعيدا عن الطائرة حال ارتكابه لجريمته متى قـــبض عليه من قبل السلطات المحلية .

وأخيرا قد تحلق في أعالي البحار : في هذه الحالـــة لا يســـري علـــى الجرائم التي ترتكب على متنها سوى قانون العلم شأنها في ذلك شأن الســـفن العامة .

وإذا كان ذلك موقف التشريع الوضعي فما هو موقف الشريعة الإسلامية ؟ نقول تسري هنا نفس الأحكام السابق ذكرها لدى استعراضنا لموقف الشريعة الإسلامية من القانون الذي يطبق على السفن العامة لذا نحيل إليه منعا للتكرار .

السفن والطائرات الخاصة :

١- السفن الخاصة :

ونعني بها تلك المملوكة للأفراد أو الحكومات لكنها مخصصة لأغراض تجارية ، كنقل الأشخاص والبضائع ، وعلى غرار السفن العامة قد تتواجد السفن الخاصة إما : في المياه الإقليمية : في هذه الحالة يسري القانون الوطني تطبيقا لمبدأ الإقليمية الذي ينطبق تماماً مع قانون العلم . أو في المياه الأجنبية في هذه الحالة يطبق قانون العلم على ما ترتكبه السفينة الخاصة من جرائم أو ما يرتكبه أفراد طاقهما .

ويسري قانون الدولة صاحبة الإقليم المتواجد عليه السفينة في الحالات الآتية :

١- إذا امتدت أثار الجريمة إلى الدولة صاحبة الإقليم .

٢- إذا كانت الجريمة المرتكبة تنطوي على إخلال بأمن وسلامة الدولة صاحبة الإقليم .

٣- إذا طلب ربان السفينة أو قنصل الدولة التي ترفع علمها تدخل سلطات الدولة الساحلية .

٤- إذا تطلبت ضرورة القضاء على تجارة المخدرات غير المشروعة ذلك التدخل [١].

أو في أعالي البحار ، في هذه الحالة تخضع السفن الخاصة لقانون العلم أثناء تواجدها في أعالي البحار .

ولا يرد على ذلك سوى استثناء واحد يتعلق بالجرائم ذات الصفة العالمية مثل جرائم القرصنة والإتجار بالرقيق الأبيض ، في هذه الحالة يحق لأي دولة ضبط السفينة ومحاكمة مرتكبي هذه الجرائم وفقاً لقانونها وذلك تطبيقا لمبدأ العالمية [٢].

وفيما يتعلق بموقف الشريعة الإسلامية فإن لجمهور الفقهاء موقف يختلف عن موقف الحنفية ، فالجمهور يذهبون إلى خضوع الجرائم التي ترتكب على ظهر السفينة أو بواسطة أحد أفراد طاقمها للشريعة الإسلامية أيا كان موقع السفينة وقت الجريمة في البحر الإقليمي لدار الحرب ، أو في أعالي البحار ، أو في البحر الإقليم لدار الإسلام . بينما يرى الحنفية تطبيق الشريعة الإسلامية على الجرائم التي ترتكب فوق السفينة إذا كانت في أعالي البحار ، أو في البحر الإقليمي للدولة الإسلامية وقت ارتكاب الجريمة ، ودون أن تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية إذا ارتكبت الجريمة خلال تواجد السفينة في المياه الإقليمية لدار الحرب .

---

(١) د. كمال أنور ، تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان ١٩٦٥ ، ١٠٩ وما بعدها .

(٢) انظر في ذلك أيضا : اتفاقية بروكسل ١٨٩٠ ، اتفاقية سان جرمان ١٩١٩ ، اتفاقية جنيف ١٩٥٨ مشار إليها في قانون السلام للغنيمي ، ص١٩٧ .

٢- الطائرات الخاصة :

ونعني بها تلك المملوكة للأفراد أو للشركات ، وقد تكون مملوكة للدولة لكنها لا تقوم بأي عمل ذو سلطة حيث تقوم بأعمال خاصة تتماثل مع تلك التي تقوم بها الطائرات المملوكة للأفراد .

ويطبق قانون العلم بالنسبة للجرائم التي ترتكب على ظهر الطائرة أو من أفراد طاقمها . ولكن يرد عليه بعض القيود تتمثل في تطبيق قانون العلم إذا ارتكبت الجريمة من أو ضد أحد رعاياها ، أو ممن يقيمون إقامة دائمة ، إذا كانت الجريمة تمس التنظيمات المتعلقة بسلامة الطيران ...إلخ .

وإذا كانت هذه هي أحكام التشريع الوضعي فما حكم الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ؟ نقول أن موقف الشريعة الإسلامية هو نفس موقفها في السفن الخاصة سواء من حيث موقف الجمهور أو موقف الحنفية .

ب- مكان ارتكاب الجريمة :

مادام أن تطبيق القانون الجنائي الوطني قاصراً على الجرائم التي ترتكب على إقليم الدولة وفقا لمبدأ الإقليمية كان لابد من تحديد متى تعد الجريمة قد ارتكبت فوق الإقليم الوطني لا سيما وأننا قد سبق لنا تحديد المقصود بالإقليم .

تعتبر الجريمة قد ارتكبت في الإقليم متى ارتكب فيها الركن المادي للجريمة كلية أو حتى مجرد أحد عناصره ، ومن الأمثلة على ارتكاب الركن

المادي بأكمله في إقليم الدولة : إطلاق الجاني النار على المجني عليه فيموت داخل الإقليم نفسه ، في هذا المثال فإن النشاط المادي لجريمة القتـل الـذي يتمثل في فعل إطلاق النار على المجني عليه ارتكب في إقليم الدولة ، وكذلك النتيجة الإجرامية والمتمثلة في إزهاق روح إنسان (المجني عليـه) حـدثت داخل نفس الإقليم .

ومن الأمثلة على ارتكاب جزء من الجريمة : أن يعطي الجاني ضحيته سما في إقليم ، ثم يموت المجني عليه في إقليم دولة أخـرى سـافر إليهـا للعلاج . في هذا المثال : ارتكب النشاط المادي للجريمة في إقلـيم ، بينمـا تحققت النتيجة الإجرامية في إقليم آخـر ، أي أن الجريمـة ارتكبـت فـي إقليمين ، وينعقد الاختصاص لكلا الدولتين . ومن الأمثلة أيضا على ارتكاب الجريمة جزئيا في إقليم الدولة : أن يرسل شخص صندوقا به مواد متفجـرة إلى شخص آخر يقيم في إقليم ثان ، فلما تسلمه هذا الأخيـر ، انفجـر فيـه وأصابه بجراح ثم سافر المجني عليه للعلاج فى إقليم ثالث حيث لفظ أنفاسه الأخيرة فيه ، وفقا لهذا المثال فإن الجريمة تكون قد ارتكبت في أقاليم ثلاثـة وينعقد الاختصاص لهم جميعاً .

ونظراً لأن الركن المادي للجريمة يتكون من ثلاثة عناصر على النحـو الذي سوف نوضحه لدى استعراضنا لركن المادى للجريمة (النشاط المادي ، النتيجة الإجرامية ، علاقة السببية) فإن تحقق أي عنصر من هذه العناصـر الثلاث يرتب الاختصاص لقانون الدولة التي وقع على إقليمها أي من هـذه

العناصر الثلاث ، والأكثر من ذلك يكفي أن يقع جانب من السلوك المـــادي للجريمة ، ولا يشترط أن يقع النشاط الإجرامي بأكمله (الجريمة الكاملـــة) إذ ينعقد الاختصاص ولو شرع في التنفيذ فقط (الشروع) .

وفي ضوء ما سبق يمكننا القول : أن الجريمة تعتبر قد ارتكبـــت فـــي مكان الفعل ، ومكان النتيجة وكل مكان تتحقق فيه الآثار المباشرة للفعل التي تتكون منها الحلقات السببية التي تصل ما بين الفعل والنتيجة (١) . ومن شأن إقرار الاختصاص لكل إقليم يقع عليه أحد عناصر الركن المـــادي للجريمـــة تفادي فرار الجاني من العقاب ، لأنه إذا قلنا أن الجريمة لا تعد مرتكبة فـــي إقليم ما إلا إذا تحقق فيه الركن المادي للجريمة بأكمله ، فإن الجاني ســـيفلت من العقاب نظرا لتعدد الأقاليم التي ارتكب فيها الـــركن المـــادي للجريمـــة (المثال السابق) .

والجدير بالذكر أن انعقاد الاختصاص لأكثر من قانون دولة لـــيس فيـــه إضرار بالجاني نظراً لأن أغلب التشريعات تقرر عدم جواز محاكمة شخص من أجل فعل إذا كانت دولة أخرى قد عاقبته عن نفس الفعل .

وتحديد مكان ارتكاب الجريمة ليس دائما بهذا الوضوح إذ قـــد يعتريـــه بعض الغموض وهو ما سوف نلقي الضوء عليه فيما يلي :

مشاكل تحديد مكان ارتكاب الجريمة :

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص١٢٤ .